

**LAS OBLIGACIONES GENERALES
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS**

(Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Carlos María Pelayo Möller



LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(Deber de respeto, garantía
y adecuación de derecho interno)

Colección Estándares del Sistema Interamericano
de Derechos Humanos: miradas complementarias
desde la academia, Núm. 7

COORDINACIÓN EDITORIAL

IJJ-UNAM

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

CENADEH-CNDH

Lic. Miguel Ángel Ortiz Buendía
Director de Publicaciones

Eugenio Hurtado Márquez
Director Editorial

Eugenio Hurtado Márquez
Cuidado de la edición

H. R. Astorga
Formación en computadora

José Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores

Aramxa Guillén Sánchez
Diseño y elaboración del forro

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
CARLOS MARÍA PELAYO MÖLLER

LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(Deber de respeto, garantía
y adecuación de derecho interno)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
México, 2017

Esta colección es el resultado del proyecto editorial del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: septiembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

DR © 2017. Comisión Nacional de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469, Col. San Jerónimo Lídice
Delegación Magdalena Contreras, 10200 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-729-350-7 (Obra completa)
ISBN: 978-607-729-356-9 (Cuaderno núm. 7)



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretario Académico

Francisco Ibarra Palafox

Secretario Técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Alberto Manuel Athié Gallo

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN XV

INTRODUCCIÓN 1

I. LAS OBLIGACIONES DE RESPETO, GARANTÍA Y ADECUACIÓN DE DERECHO INTERNO EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1. Las obligaciones generales de respeto y garantía 7

A. El Sistema Universal vis-a-vis el Sistema Interamericano 7

B. El Sistema Europeo vis-a-vis el Sistema Interamericano 10

C. El Sistema Africano vis-a-vis el Sistema Interamericano 15

2. La obligación de adecuación de derecho interno: similitudes y diferencias entre los Sistemas Regionales de Derechos Humanos 17

II. EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CADH Y LAS OBLIGACIONES
GENERALES DE RESPETO Y GARANTÍA
DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La discusión del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos de 1969	21
2. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1.1 de la Convención Americana) . . .	22
A. El “respeto” de los derechos	23
B. La “garantía” de los derechos	28
C. La relación entre los derechos humanos sustantivos de la Convención Americana y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos	44
3. La cláusula de no discriminación	46
A. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana	46
B. El despertar de la cláusula de no discriminación . . .	49
4. El ámbito de protección jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	56
5. Los seres humanos como sujetos de protección del Sistema Interamericano la concepción y eventual desarrollo del concepto “persona” previsto en el artículo 1.2 de la CADH	61

CONTENIDO

A. Los derechos humanos de los accionistas de empresas	63
B. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales	65
C. La revisión de esta temática en la Opinión Consultiva No. 22	68

III. EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

1. La discusión del artículo 2 de la Convención Americana en el marco de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos de 1969	73
2. La relación de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivo los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2) y la obligación general de garantizar los derechos humanos (artículo 1) . .	75
3. La obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para la efectividad de los derechos y libertades	80
4. Los supuestos y evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana	87
A. Pueblos Indígenas y Tribales	88

CONTENIDO

B. Leyes de Amnistía	95
C. La libertad de expresión y acceso a la información . .	103
D. El derecho del inculcado a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior en materia penal	109
E. Pena de muerte	113
F. Fuero militar y sus variantes	114
G. Derecho laboral	119
H. Estabilidad e inamovilidad de jueces	121
5. Las obligaciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que complementan lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH	126

IV. LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CADH COMO FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. El control de convencionalidad como un elemento indispensable para el respeto y la garantía de los derechos.	133
A. El origen del concepto y de la doctrina del “Control de Convencionalidad”	133
B. La relación del control de convencionalidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos . . .	141

CONTENIDO

2. El artículo 2 de la CADH como fundamento del Control de Convencionalidad	142
REFLEXIONES FINALES	149

PRESENTACIÓN

En la actualidad es indiscutible que, en la protección de los derechos humanos, no basta con hacer referencia a tratados internacionales en la materia. Por suerte, cada vez se acude con mayor intensidad al uso de jurisprudencia producida por organismos internacionales como una fuente adicional para fundamentar dicha protección. De esta forma, la jurisprudencia ha adquirido un nuevo papel en el sistema de fuentes a nivel nacional e internacional.

La producción de jurisprudencia es resultado de la labor de las y los jueces que, desde los pronunciamientos que hacen en los casos que se someten a su conocimiento, interpretan los instrumentos internacionales (tratados, convenciones y otras fuentes del derecho internacional), aportando una gran variedad de criterios para la mejor protección de la dignidad, la igualdad y los derechos humanos.

La existencia de una serie de principios y valores universales, así como de marcos jurídicos de naturaleza similar, ha permitido que la jurisprudencia que se genere en un ámbito regional o en un contexto nacional, sea retomada por otros tribunales. A esta dinámica o proceso de intercambio, que ha sido denominada de múltiples maneras, se le conoce como diálogo jurisprudencial. Como sostiene Irene Spigno, con independencia de los matices que hay entre las diferentes expresiones de este fenómeno, el mismo consiste

en la ampliación, explícita —es decir mediante una referencia textual a decisiones o técnicas argumentativas de otro juez perteneciente a un ordenamiento jurídico diverso— e implícita,

del espectro de parámetros interpretativos y argumentativos a los cuales el juez recurre en el procedimiento de asignación de significado a un cierto enunciado normativo, de ponderación y de argumentación de las decisiones.¹

Uno de los espacios en los cuales se produce una amplia jurisprudencia es en los sistemas regionales de protección (el interamericano, el europeo y el africano). La revisión de casos resueltos en estos sistemas permite constatar que la producción y uso de jurisprudencia ha permitido el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, siendo ésta una de las razones de su relevancia.

Ahora bien, reconocer el valor de la jurisprudencia no supone pasar por alto la complejidad de retomarla, principalmente en función de los múltiples tribunales que la producen y de que en muchos casos no la sistematizan, lo que vuelve necesaria su búsqueda caso por caso. Frente a este escenario, se consideró útil impulsar una iniciativa de sistematización de jurisprudencia de organismos regionales y tribunales nacionales.

La Colección *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, en tanto iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), pone el énfasis en la sistematización, de manera especial pero no exclusiva, de la jurisprudencia producida por dicho sistema regional.

¹ Spigno, Irene, “El diálogo entre Europa y América Latina. El estudio comparado de los casos líderes de la Corte IDH y el Tribunal EDH”, Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Directores), *Estudios de casos, líderes interamericanos y europeos*, Vol. I. Libertad religiosa/ Libertad de expresión/ Derechos económicos, sociales y culturales/ Derechos de las personas desaparecidas, 2016, México, Tirant lo Blanch, p. 6.

Sin desconocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su propia Colección de Jurisprudencia,² además de Boletines Jurisprudenciales,³ en un ánimo de no duplicar, se pensó en desarrollar otra iniciativa editorial que fuera complementaria.

Que la Colección se desarrolle desde la academia, permitió incluir otros elementos que hacen de este proyecto un verdadero aporte en la sistematización de la jurisprudencia, tales como incorporar los estándares de la Comisión Interamericana y de otros sistemas de protección, e incluso jurisprudencia de Tribunales Constitucionales; análisis y problematización de la producción jurisprudencial; poner énfasis en la visión pragmática, es decir, abordar cómo podría darse la implementación práctica de los estándares, además de una evaluación de los retos por venir y, de esa forma, los temas pendientes en el Sistema Interamericano.

Es importante poner énfasis en que –sin desconocer el valor de la jurisprudencia, y en ese sentido, de los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indiscutible– las decisiones de la Comisión Interamericana también se consideran un referente obligado para la protección de los derechos humanos en sede nacional. Por esa razón, la Colección ha puesto énfasis en considerar, también, a este tipo de decisiones.

La Colección incluye siete Cuadernos, cada uno sobre un tema diferente, los cuales fueron seleccionados a partir de la revisión de las decisiones recientes de los dos órganos que for-

² Véase *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Consúltese en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

³ Para consultarlos acceder a <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

man parte el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de su relevancia para el escenario mexicano.

Queremos agradecer de manera especial a las personas que participaron en la escritura de los cuadernos que integran esta colección, reconociendo que su calidad de especialistas en los temas que abordaron garantiza un análisis exhaustivo, a profundidad y con alto rigor académico.

La Colección es una iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través del Centro Nacional de Derechos Humanos.

Esperamos que esta Colección sea una herramienta a nivel nacional para que las decisiones judiciales, administrativas y de política pública en todos los órdenes de gobierno, estén permeadas por los estándares internacionales que en materia de derechos humanos se han desarrollado, coadyuvando en la garantía plena de estos derechos.

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Director IIJ-UNAM

Lic. Luis Raúl González Pérez
Presidente de la CNDH

INTRODUCCIÓN

El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es la *pedra angular* sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de “respetar” los derechos y libertades ahí contenidos y “garantizar” su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción “sin discriminación alguna”, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la *plena efectividad* de los derechos y libertades que contiene.

Así, este dispositivo no constituye una “norma programática” como algunos consideran. La CADH tiene *aplicación directa* en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido.¹ Como lo expresa Nogueira Alcalá, precisamente al analizar este precepto, las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen para todos los jueces nacionales

¹ Cfr. Juan Carlos Hitters y Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, tomo 1, vol. 1, pp. 528-529.

derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 36 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda* y *bonna fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.²

Dicho tratado internacional tiene vigencia en 23 países de la región con la consecuente obligación de todos los órganos y poderes de los Estados Parte de aplicarla. La Convención Americana es derecho interno de fuente internacional.³ Sin embargo, resulta paradójico que a pesar de la importancia que reviste para los órdenes jurídicos nacionales y especialmente para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, con mayor intensidad a partir del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), su aplicación se haya efectuado de manera “esporádica” por muchos países; como si se tratara de una prerrogativa del Estado y no como un “deber” que limita y guía su actuación.

² Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 331-389, en p. 332. Asimismo, véase su libro *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, 2a. ed., Santiago, Editorial Librotecnia, 2012.

³ Cfr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, “La Convención Americana como derecho interno”, *Revista del IIDH*, San José, enero-junio de 1988, pp. 27 y ss.; y Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999; así como su obra *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*, Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

Además, resulta indispensable conocer a plenitud la jurisprudencia de la Corte IDH al tener una *eficacia directa* (como lo tiene el propio Pacto de San José), debido a que este órgano jurisdiccional tiene la competencia de “interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos” conforme lo estipula el artículo 1 del Estatuto de la propia Corte IDH aprobada por la OEA en 1979.

Por otro lado, uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

La obligación de adoptar disposiciones internas complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1 del Pacto de San José, relativas al deber de “respeto” y “garantía” de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento. Así, estos dos preceptos no son excluyentes, sino complementarios, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad internacional a los Estados parte del Pacto. No constituyen normas programáticas como lo ha puesto de relevancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano), al derivarse *obligaciones específicas* que se han ido progresivamente estableciendo, caso por caso, a lo largo de más de treinta años de actividad de dicho órgano jurisdiccional.

Y precisamente el dinamismo de la jurisprudencia de la Corte IDH ha generado lo que hoy se conoce como *control de convencionalidad*,⁴ teniendo como uno de los principales fun-

⁴ Cfr. los trabajos contenidos en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de*

damentos el artículo 2 de la Convención Americana. Este nuevo “control”, en sede nacional, lo deben realizar todas las autoridades conforme a sus atribuciones y competencias, lo que ha tenido un desarrollo progresivo de aceptación en la última década en los Estados parte de la Convención y particularmente en los que han reconocido la jurisdicción contenciosa de dicho Tribunal Interamericano, con un importante impacto en los órdenes jurídicos nacionales.

El objetivo del presente estudio consiste precisamente en analizar, por una parte, las obligaciones generales de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 de la Convención Americana y la obligación de los Estados de *adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter* que prevé el artículo 2 del mismo tratado; obligación trascendental si consideramos que esta “norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el Pacto de San José, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención”.⁵

Para ello resulta necesario, en primer término, distinguir esta obligación de las que se generan por los deberes de “respeto” y “garantía” que se prevén en el artículo 1 del mismo Pacto y a la vez advertir su relación concomitante. Como señala García Ramírez, la obligación de *garantía* constituye un “escudo y espada” de la de *respeto*, y como una necesaria manifestación de

Derechos Humanos y los jueces nacionales, México, Fundap, 2012; así como los trabajos en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p. 34.

aquellas, se deben de adoptar “medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía”.⁶

Posteriormente abordaremos los alcances que implica esta obligación, siendo necesario conocer las discusiones que generó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que trató el proyecto de Convención en 1969;⁷ las primeras interpretaciones que derivaron de dicho precepto; así como la rica jurisprudencia que a lo largo de sus casi cuarenta años de existencia la Corte IDH ha venido desarrollando; la cual tiene una eficacia directa en los sistema de fuentes del derecho nacional de los Estados Partes de la Convención que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dadas las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Interamericano en nueve temas: pueblos indígenas o tribales; leyes de amnistía; libertad de expresión y acceso a la información; derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal; pena de muerte; fuero militar y sus variantes; derecho laboral; estabilidad e inamovilidad de jueces; y, por último, otras obligaciones similares previstas en tratados del Sistema Interamericano que pueden llegar a complementar lo dispuesto en la obligación del artículo 2 del Pacto de San José, para llegar a unas reflexiones conclusivas.

⁶ Cfr. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., especialmente el epígrafe “Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH)”, en pp. 231 y ss.

⁷ Cfr. *Actas y Documentos*. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969.

I. LAS OBLIGACIONES DE RESPETO, GARANTÍA Y ADECUACIÓN DE DERECHO INTERNO EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1. LAS OBLIGACIONES GENERALES DE RESPETO Y GARANTÍA

A. *El Sistema Universal vis-a-vis el Sistema Interamericano*

En lo que respecta al Sistema Universal, en la Observación General No. 3, sobre la *Aplicación del Pacto a Nivel Nacional*, el Comité de Derechos Humanos consideró que en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoció que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité consideró necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen

actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.⁸

El primer intento de clarificar las implicaciones del artículo 2 del PIDCP dio como resultado una posición muy ambigua. Así en el año 2004, el Comité de Derechos Humanos emitió su Observación General No. 31, sobre *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, sustituyó a la Observación General No. 3 y explicó con mayor profundidad dichas obligaciones.

El Comité de Derechos Humanos consideró, en esa Observación General, que el párrafo 1 del artículo 2, relativo al respeto y a la garantía de los derechos reconocidos por el Pacto, produce un efecto inmediato en todos los Estados Partes.⁹ Además, determinó que la obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo, pues los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto.¹⁰ Adicionalmente, el artículo 2, menciona el Comité, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas.¹¹ Finalmente, el Comité explicitó que las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están

⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 3, Comen-tarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 2 – *Aplicación del Pacto a nivel nacional*, 13o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981).

⁹ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Co-mentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 5.

¹⁰ *Idem*, párr. 6

¹¹ *Idem*, párr. 7.

protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Asimismo, se determinó que pueden existir circunstancias en las que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produzca violaciones de esos derechos como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas.¹²

La Convención Americana siguió una redacción en parte similar a la del artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que contempla que *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete[n] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”*. Al respecto, entre el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana debe establecerse, como punto en común, que la obligación de garantizar es mucho más amplia que las obligaciones específicas consagradas en otros instrumentos internacionales pues engloban obligaciones de protección, investigación, sanción, reparación, cooperación y en general la adecuación de todo el aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En este sentido, puede afirmarse que la tipología utilizada por estos dos órganos es más simple en cuanto a su clasificación pero mucho más compleja en cuanto a su contenido, pues sus criterios y jurisprudencia, respectivamente, les ha permitido precisar y ampliar la limitada redacción del artículo 1.1 de la

¹² *Ibidem*, párr. 8.

Convención Americana y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³

En cuanto a la cláusula de no discriminación, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utiliza una nomenclatura similar a la del artículo 1.1 de la Convención Americana; sin embargo, en lugar de mencionar que dichos derechos deben ser garantizados “*sin discriminación*”, menciona que dichos derechos deben ser garantizados “*sin distinción*”. Sobre esto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 18, ha desarrollado dicha expresión y ha considerado que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto.¹⁴

B. *El Sistema Europeo vis-a-vis el Sistema Interamericano*

En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos expresa que

¹³ Cfr. Serrano, Sandra, “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, pp. 102-103 en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian, (coords.) *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Universidad Nacional Autónoma de México/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

¹⁴ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 1.

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos por el título 1 del presente Convenio”. Tal como se observa, el Convenio no contempla una fórmula general para expresar de manera clara las obligaciones de respeto y garantía. De esta forma, en el Convenio se utiliza en el artículo 1 la expresión “los Estados reconocen” mientras que la Convención Americana menciona que los Estados “se comprometen a respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidas en [la Convención Americana] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. La redacción de los dos instrumentos coincide en la obligación de abstención resultante de las expresiones *reconocer* en el caso de la europea y *se comprometen a respetar* en la Americana. En cambio, difieren en la obligación de garantizar pues la Convención Americana hace referencia expresa a ésta obligación, que inclusive se especifica en el artículo 2 del Pacto de San José.¹⁵ Cabe destacar, que una disposición del tipo del artículo 2 de la Convención Americana, no existe en el Convenio Europeo y esta diferencia hace que el grado de ejecución de las sentencias de Europa haya seguido un proceso tan lento y difícil, hasta el día de hoy.¹⁶

Así, el artículo 1 del CEDH se centra en la premisa de protección de los derechos humanos, referidas a respetar los derechos y libertades de las personas, en un sentido de abstención. No obstante, existen referentes interpretativos de la Corte Europea que han asumido y desarrollado la obligación de garantía.¹⁷

¹⁵ García Roca, Javier; Fernández, Pablo Antonio,; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Civitas/Thompson Reuters, 2012, p. 121.

¹⁶ *Ibidem*, p. 111.

¹⁷ *Idem*.

En este entendido, el Tribunal Europeo en el Caso *Wenhoff vs. Alemania* señaló que *tratándose de un Tratado normativo, se debe... buscar cual es la interpretación más propia para alcanzar el fin y realizar el objeto de este Tratado y no en el que daría el alcance más limitado a los compromisos de las partes*.¹⁸ Bajo esta comprensión en el Caso *Airey vs. Irlanda*, la Corte Europea determinó que:

No puede decirse que haya habido una “injerencia” por parte de Irlanda en la vida privada o familiar... la esencia de la reclamación no ésta en el acto del Estado, sino en una omisión de éste. De cualquier modo, a pesar de que el objeto fundamental del artículo 8 en la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, *no queda reducido a ese deber de abstención... junto con ese fundamental aspecto negativo puede haber deberes positivos* inherentes a una protección efectiva de la vida privada y familiar. El incumplimiento de un deber impuesto por el Convenio *en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado; en estos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos u omisiones*¹⁹ (énfasis añadido).

¹⁸ TEDH, *Wenhoff vs. Alemania* Application, No. 2122/64 , Judgment (Merits, Court (Chamber), 27 June 1968, párr. 8.

¹⁹ Cfr. TEDH, *Case Airey vs. Ireland*, Application No. 6289/73, Judgment (Merits), Court (Chamber), 9 October 1979, párr. 25. Sobre la temática de acciones positivas puede verse, entre otros: TEDH, *Marckx vs. Belgium*, Application No. 6833/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court Plenary, 13 June 1979; *Case of Andrejeva vs. Latvia*, Application No. 55707/00, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 18 February 2009; *Case Muñoz Diaz vs. Spain*, Application No. 49151/07, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 8 November 2011; *Case Feldbrugge vs. The Netherlands*, Application No. 8562/79, Judgment (Merits), Court (Plenary), 29 May 1986; *Case Deumeland vs. Germany*, Application No. 9384/81, Judgment and Just Satisfaction, Court Plenary, 29 May 1986; *Case Schuler-Zgraggen vs. Switzerland*, Application No. 14518/89, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 24 June 1993; *Case Salesi vs. Italy*, Application

En el caso *Ártico vs. Italia*, se pronunció en similar sentido pues consideró que:

Ciertamente, no cabe imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento realizado por abogado de oficio, pero en las circunstancias del supuesto incumbía a las autoridades italianas competentes actuar de manera *tendente a garantizar* al demandado el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido²⁰ (énfasis añadido).

Sobre la cláusula de no discriminación, el Convenio Europeo en su artículo 14, que hace referencia a la prohibición de discriminación, establece que “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna...*”. En el Sistema Europeo, esta disposición tiene un *carácter accesorio pero autónomo* pues desde el punto de vista subjetivo, la prohibición de discriminación que se impone a los Estados contratantes implica el derecho a la no discriminación que se atribuye tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Sumado a lo anterior cabe precisar que los Estados, a la luz del artículo 14 del Convenio, se obligan no sólo a no discriminar (obligación negativa) sino también a la obligación positiva de trato igualitario.²¹ Sobre el carácter *accesorio* del derecho a la no discriminación, éste no puede invocarse aisladamente sino que debe combinarse siempre con un

13023/87, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 26 February 1993 y *Case Delgado vs. France*, Application No. 38437/97, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 14 November 2000.

²⁰ TEDH, *Case Ártico vs. Italy*, Application 6694/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber) , 13 May 1980, párr. 36.

²¹ Santamaría Arina, René, “Prohibición de No discriminación”, pp. 667 y 668 en Lasagabaster Herrarte, Iñaku, *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2a. ed., 2009.

derecho expresamente reconocido. Por otra parte, respecto al carácter *autónomo*, existen algunos indicios sobre dicha concepción pues no es necesario para que pueda apreciarse una violación del artículo 14 de Convenio, ni tampoco es necesario que se haya encontrado violación de la cláusula sustantiva invocada. Así, si el derecho aisladamente considerado no ha sido vulnerado, se pasa a examinar la queja desde el ángulo de la discriminación denunciada, e, inversamente, si se aprecia la violación de derecho invocado, no suele analizarse bajo la óptica de la igualdad.²²

En lo concerniente a los sujetos de protección, a diferencia del Sistema Interamericano, en el Sistema Europeo la regla es que las personas jurídicas pueden acceder a dicho sistema de protección de manera autónoma y con *ius standi* ante al Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³ y la excepción es que en determinados casos las personas físicas, que son parte de una persona jurídica, por cuestiones de *jure* o de *facto* puedan reclamar sus derechos como parte de la compañía, empresa o asociación de manera autónoma.²⁴

²² *Ibidem*, p. 679.

²³ En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, con la adopción el 20 de marzo de 1952 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o Protocolo No. 1 y su entrada en vigor el 18 de mayo de 1954, se reconoció de manera expresa que las personas morales, o jurídicas, podían tener *ius standi* ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al incluir en su artículo 1 que “*toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes*”.

²⁴ Algunas excepciones a la regla sobre el *ius standi* de las personas jurídicas ante el Tribunal Europeo son las siguientes: a) cuando los accionistas sufran una interferencia o violación ilegítima sobre su derecho a la propiedad, se podría acceder, al sistema de protección de derechos humanos sin tener en cuenta la personalidad jurídica de la empresa, siendo justificable ésta excepción cuando, por las circunstancias del caso, se establezca claramente que es imposible que la empresa presente una petición a las instituciones de

C. El Sistema Africano vis-a-vis el Sistema Interamericano

A diferencia del Sistema Interamericano, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha indicado que existen cuatro niveles de obligaciones para los Estados: *respetar, proteger, promover y realizar (hacer efectivos)* los derechos. Para la Comisión Africana el deber de respetar implica que el Estado se debe de abstener de interferir en el disfrute de todos los derechos. La obligación de proteger, requiere que el Estado adopte medidas para salvaguardar los derechos contra las interferencias políticas, económicas y sociales, mientras que la obligación de promover implica que el Estado debe asegurar que los individuos están en condiciones de disfrutar sus derechos mediante la promoción de la tolerancia, concientizando e incluso estableciendo la infraestructura necesaria, entre otras iniciativas. Finalmente, la obligación de realizar los derechos y libertades implica que el Estado mueva su maquinaria para hacer efectiva la realización de los derechos, que puede consistir en la satisfacción directa de las necesidades básicas.²⁵

la Convención a través de los órganos creados en virtud de su escritura de constitución de la empresa, en caso de liquidación por sus liquidadores o bien por los síndicos en caso de quiebra (*Case of Agrotexim and Others v. Greece*, No. 15/1994/462/543, 24 October 1995, párr. 63-71); b) cuando la empresa tiene un accionista único o cuando es un accionista que detenta la totalidad del capital social (*Case Groppera Radio A. G. y otros v. Suiza*, No. 10890/84, 28 March 1990, párrs. 46-51.); y c) un accionista decida acudir ante los órganos de la Convención pero no así otro(s) ni la sociedad, se consideraría como víctima al que optó por acudir al Tribunal (*Case of Khamidov v. Russia*, No. 72118/01, 15 November 2007, párr. 125). No obstante también ha puesto limitantes, por ejemplo, una persona no puede ser conceptuada como víctima en el contexto de un procedimiento del cual no fue parte ante el sistema de protección de derechos humanos pese a su calidad de accionista o dirigente de la sociedad que era parte del procedimiento (*Case F Santos LDA y Fachadas vs. Portugal*, No. 49020/99, 19 September 2000, Admissibility, párr. 1).

²⁵ ACHRP, Decision Regarding Communication No. 155/96, Done at the 30 th Ordinary Session, held in Banjul, The Gambia from 13 to 27 October 2001,

Sobre la cláusula de no discriminación, la Carta Africana al igual que el PIDCP utiliza la expresión “*sin distinción alguna*” en su artículo 2. Dicho artículo, reconoce este derecho vinculándolo necesariamente al goce de los derechos y de las libertades reconocidas por la Carta. Dicha disposición se complementa por el artículo 18 (Discriminación contra la mujer) y el artículo 28 (el deber de los individuos de respetar y considerar a sus semejantes sin ninguna discriminación). Otra particularidad del artículo 2 de la Carta Africana, es que incluye, entre otros, la no discriminación la distinción por motivos étnicos, que no consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que en cierta forma es acorde al contexto africano complementando los dispositivos pertinentes a los pueblos.²⁶

Sobre los sujetos de protección, el Sistema Africano, a diferencia del Sistema Interamericano, ha reconocido la protección de derechos de personas jurídicas, por ejemplo, en el caso *Asociación de Abogados vs. Nigeria* la comunicación fue llevada por la Organización de Libertades Civiles, una organización no gubernamental de Nigeria, en protesta contra el decreto los profesionales de la justicia y a lo cual la Comisión Africana consideró, entre otras, que existía una violación a la libertad de asociación.²⁷

párr. 44-47 citado en Dulitzky, Ariel, “El alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, p. 82 en Martin, Claudia; Rodríguez Pinzón, Diego y Guevara, José, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2006.

²⁶ Fischel de Andrade, José H., “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, p. 468, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996 (Serie Estudios de Derechos Humanos, T. VI).

²⁷ ACHRP, *Comunicaciones* Nos, 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96. Decisión de 31 de octubre de 1998; communication 101/93 [Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) v Nigeria]. En el mismo sentido puede verse: *Media Rights Agenda y otros vs. Nigeria*. Cf. Comisión Africana de Derechos Humanos y de las Pueblos.

2. LA OBLIGACIÓN DE ADECUACIÓN DE DERECHO INTERNO:
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS REGIONALES
DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos guarda importantes similitudes con lo dispuesto en el artículo 2.2 del PIDCP. A su vez, ambos instrumentos han sido objeto de diversos desarrollos interpretativos que han ido delineando los alcances de cada uno en la esfera internacional.

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 31, sobre *la índole de la obligación jurídica general impuesta*, ha considerado que el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸ impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del dicho tratado en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto.

A su vez, el artículo 2 del PIDCP autoriza a un Estado Parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, no exige que sea directamente

²⁸ El artículo 2.2 del PIDCP dispone que “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

aplicable en los tribunales mediante su incorporación al derecho nacional.²⁹ En este sentido, el requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto, según el Comité, no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.³⁰

Por su parte, la redacción del artículo 2 de la Convención Americana y su aplicación por la Corte Interamericana ha propiciado una rica y fecunda jurisprudencia a través de la interpretación de esta obligación de los Estados Parte del Pacto de San José, lo que ha originado no sólo reformas legislativas, incluso de carácter constitucional, sino la adopción de “otras medidas” necesarias para lograr la efectividad de los derechos y libertades.

En el mismo sentido que la Convención Americana y del PIDCP, la Carta Africana en su artículo 1 compromete a los Estados Parte a que adopten las medidas necesarias (legislativas y de otro tipo) para la aplicación de los derechos, deberes y libertades enunciadas en la Carta de Banjul, automáticamente por ellas reconocidas. Se trata, en opinión de algunos autores, de una obligación principalmente positiva, ya que se adhiere a la imposición implícita de respetar lo convenido por la Carta.³¹

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, que prevé el artículo 2 de la Convención Americana, constituye

²⁹ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 13.

³⁰ *Ibidem*, párr. 14.

³¹ Fischel de Andrade, José H., “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, p. 468, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996 (Serie Estudios de Derechos Humanos, T. VI).

una de las diferencias más relevantes con respecto al Sistema Europeo, al no contar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 con una disposición análoga,³² lo que ha tenido como resultado que el grado de cumplimiento de las sentencias europeas, sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales, hayan seguido un proceso lento y difícil.³³

³² Cfr., entre otros, Thomas Buergenthal, *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, OEA, 1980; Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; y A. H. Robertson, "Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo", en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-188. Sobre el Pacto de San José, resulta útil el libro de Luis Flavio Gómez y Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos. pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³³ García Roca, Javier; Fernández, Pablo Antonio; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Pamplona, Civitas/Thompson Reuters, 2012, p. 111.

II. EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CADH Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LA DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA DE DERECHOS HUMANOS DE 1969

En los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos este precepto fue abordado en diversas oportunidades por las representaciones estatales que se dieron cita en el marco de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en 1969. Así, por ejemplo, la representación de Uruguay expresó que la primera versión del Proyecto de Convención presentado por la Comisión Interamericana habría podido ser completado con el agregado de que “*nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general*”.³⁴ Por su parte, Ecuador, sugirió que el artículo 1 del proyecto de Convención fuera reemplazado por los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.³⁵

³⁴ OEA, Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/ XVI/1.2, p. 36.

³⁵ *Ibidem*, p. 104.

En cuanto a los sujetos de protección que debía contemplar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuestión que terminó siendo abordada en el marco del artículo 1.2 del tratado, los representantes de Chile consideraron que era necesario especificar que al hablar de “personalidad jurídica” el vocablo no era un atributo de las llamadas “*asociaciones o personas morales*” toda vez que se había decidido conceptualizar a las personas como “todo ser humano”, por lo que se debía señalar y aclarar que “toda persona es capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones”.³⁶ Dicha propuesta si bien, no fue retomada, si pone de manifiesto la clara intención de que el Sistema Interamericano tuviera como último fin la protección de las personas así consideradas “como seres humanos”.

2. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la “obligación” de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sostuvo que el artículo 1.1 del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana puede ser atribuida a un Estado;³⁷ y especificó la existencia de dos *obligaciones generales* en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho

³⁶ *Ibidem*, p. 39.

³⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 164.

precepto: la obligación de “respetar” y la obligación de “garantizar” los derechos.³⁸

A. El “respeto” de los derechos

Por una parte, *la obligación de respeto*, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.³⁹ Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.⁴⁰ Gros Espiell define el “respeto” como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.⁴¹

Sobre el particular, la Corte IDH ha dispuesto que

la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la *restricción al ejercicio del poder estatal*.⁴²

³⁸ *Idem*.

³⁹ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009, p. 30.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, párr. 165.

⁴¹ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

⁴² Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86*, de 9 de mayo

Dichas consideraciones han sido seguidas por otros organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos a nivel internacional.⁴³

En este sentido, el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto.⁴⁴ Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las *acciones de cumplimiento*, que pueden ser *positivas* o *negativas* y estarán determinadas por cada derecho o libertad.⁴⁵ Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, los cuales por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional.⁴⁶

Cabe precisar que la obligación de “respeto” a los derechos humanos previsto en este artículo, excluye la aplicación del

de 1986. Serie A, No. 6, párr. 21 y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 143. En el mismo sentido: CIDH, Informe No. 49/97 Caso 11.520 Tomás Porfirio Rondin “Aguas Blancas” respecto de Mexico, 18 de febrero de 1998.

⁴³ El Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas mencionó respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción... los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe”. *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) párr. 3.

⁴⁴ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ En este sentido se ha llegado a afirmar que “La obligación jurídica [de respetar y garantizar los derechos] es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto”. *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, *op. cit.*, párr. 6.

principio de reciprocidad consagrado en el Derecho Internacional clásico, toda vez que los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado Parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza *objetiva* de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos;⁴⁷ es decir, existe una *ausencia de reciprocidad* cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁴⁸ En este sentido, cabe recordar que 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.⁴⁹

Entre los casos más significativos que ha conocido la Corte IDH sobre graves violaciones a derechos humanos en donde los Estados demandados han incumplido con la obligación general de respetarlos, destacan los relativos a desaparicio-

⁴⁷ Cfr. Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*, 3a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

⁴⁸ Cfr. Francisco Javier Quel López, “La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales”, en Carlos Fernández de Casadevante Romani (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3a, ed., Madrid, Editorial Dilex, 2007, p. 101.

⁴⁹ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, *op. cit.*, 33, pp. 30-31.

nes forzadas,⁵⁰ masacres,⁵¹ ejecuciones extrajudiciales,⁵² y

⁵⁰ Véanse, entre otros: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, op. cit.; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, No. 191; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, No. 202; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285; *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de Noviembre del 2014. Serie C No. 287; *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314 y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

⁵¹ Véanse, entre otros: Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, No. 105; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, No. 148; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C, No. 163; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, No. 211; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 ; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 ; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259; *Caso de la Comunidad Campesina Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Septiembre de 2015. Serie C No. 299.

⁵² Véanse, entre otros: Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20; *Caso del Caracazo vs. Ve-*

tortura.⁵³

nezuela. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, No. 68; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, No. 213; *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269; *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271; *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281 ; *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283; *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas . Sentencia de 17 de noviembre e 2015, Serie C. No. 306.

⁵³ Véanse, entre muchos otros: Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, No. 37; *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, No. 56; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160; *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267; *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275; *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; ; *Caso Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C No. 300; *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2015. Serie C No. 308 y *Caso Pollo Rivera y otros vs.*

B. La “garantía” de los derechos

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁴ Gros Espiell establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.⁵⁵

La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el *restablecimiento*, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la *reparación de los daños* producidos por la violación de los derechos humanos.⁵⁶ De esta forma:

Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, párr. 166; *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 6, párr. 139; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 223; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 282 y *Caso I. V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 207.

⁵⁵ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁵⁶ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, *op. cit.*, párr. 167; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Repa-

la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁷

Para algunos autores, las obligaciones prestacionales señaladas con antelación respecto a la obligación de “respeto” cabrían de una forma más clara en relación con la obligación de “garantía”. Así, conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender *acciones positivas*. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades.⁵⁸

La Corte IDH ha determinado que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a

raciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 183 y *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 214.

⁵⁷ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, *op. cit.* párr. 167.

⁵⁸ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 17. De la misma autora también véase Medina Quiroga, Cecilia, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 247 y ss.

los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José.⁵⁹

De la obligación general de *garantía*, asimismo, se derivan otra serie de *obligaciones específicas* (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus inicios y que a continuación analizamos.

a) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son *medidas positivas* que pueden ser *generales* o *especiales*.

a) *Las medidas generales* están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.⁶⁰ Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquella, lo cual también pueden incluir la existencia de recursos judiciales efectivos.⁶¹ Esta obligación se encuentra relacionada con el

⁵⁹ Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-11/90*, 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11, párr. 34.

⁶⁰ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 33.

⁶¹ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana*, op. cit., pp. 17-19.

contenido del artículo 2 de la Convención Americana sobre el *deber de adoptar disposiciones de derecho interno*, que constituyen obligaciones a los Estados complementarias a las establecidas en el artículo 1 del propio Pacto.⁶²

En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. En estos casos, el Estado debe realizar una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para el logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.⁶³

Algunos autores estiman que en ocasiones surge un deber de protección especial “determinables en función de las particularidades necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁶⁴ Así, por ejemplo, la Corte IDH ha destacado la importancia de asegurar el goce y ejercicio de los derechos en situaciones de detención.⁶⁵

Asimismo, el Tribunal Interamericano ha establecido que el *deber de prevención* abarca todas aquellas medidas de carác-

⁶² En cuanto a este precepto, véase el análisis en esta misma obra de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller.

⁶³ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 33.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140, párr. 154 y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, op. cit., párr. 241.

⁶⁵ Corte IDH, *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM vs. Brasil*. Resolución de 30 de noviembre de 2005. Considerando 15.

ter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.⁶⁶

En materia de violencia contra la mujer,⁶⁷ resulta especialmente relevante lo establecido en el *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*⁶⁸ y, reiterado en los casos *Caso Veliz Franco y Velásquez Paiz*,⁶⁹ ambas sentencias contra Guatemala. La Corte IDH estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para *prevenir, sancionar y erradicar* la violencia en contra de la mujer.⁷⁰ También establece que los Estados deben adoptar *medidas integrales* para cumplir con la *debida diligencia* en casos de este tipo.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, op. cit., párr. 252; *Caso Luna López vs. Honduras*, op. cit., párr. 118; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 135 y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 107.

⁶⁷ Un caso especialmente importe se encuentra en la Comisión Interamericana sobre el deber de prevención: Informe No. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha respecto de Brasil, 16 de abril de 2001.

⁶⁸ Sobre este emblemático caso, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

⁶⁹ *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, op. cit., y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, op. cit.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, op. cit., párr. 253; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 185; y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 145.

En particular, la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera *eficaz* ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser *integral*, es decir, debe *prevenir los factores de riesgo* y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.⁷¹

Asimismo, los Estados deben adoptar *medidas preventivas* en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. En este sentido, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará,⁷² con el fin de asegurar el efectivo ejercicio y goce de este tipo de derechos.

De manera semejante, la Corte IDH también ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una *protección especial* que debe ser entendida como un *derecho adicional y complementario* a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona.⁷³ La prevalencia del *interés*

⁷¹ Al respecto, puede verse el análisis de los dos momentos de la obligación general de garantizar los derechos humanos, en específico la obligación de prevención derivada de los contextos de violencia contra la mujer en el voto razonado del *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* de 19 de noviembre de 2015.

⁷² Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, *op. cit.*, párr. párr. 256.

⁷³ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164; y *Caso de*

superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos del Pacto de San José cuando el caso se refiera a menores de edad.⁷⁴

b) El deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos

El Estado debe adoptar *medidas adecuadas*, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de *amenazas* a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una *amenaza seria* del derecho y la medida de protección deberá ser *proporcional* a la amenaza sufrida por el titular del derecho. La obligación de protección no se cumple

las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130, párr. 133. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142. OC 21, parr. 66.

⁷⁴ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, 62, párrs. 56, 57 y 60; y Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.* *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 330. En el mismo sentido: CIDH, Informe de Fondo No. 79/11, Caso 10.916, James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos (Colombia), 21 de Julio de 2011; Informe de Fondo No. 85/09, Caso 11.607 – Víctor Hugo Maciel (Paraguay), 6 de agosto de 2009; Informe de Fondo No. 59/09, Caso 10.626 – Remigio Domingo Morales y Rafael Sánchez; Caso 10.627 Pedro Tau Cac; Caso 11.198(A) – José María Ixcaya Pixtay y otros; Caso 10.799 – Catalino Chochoy y otros; Caso 10.751 – Juan Galicia Hernández y otros; y Caso 10.901 – Antulio Delgado (Guatemala), 7 de abril de 2001.

sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren *medidas particulares* referidas a la concreta situación del titular de derechos.⁷⁵

La Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁷⁶ Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.⁷⁷

Así, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede producir la res-

⁷⁵ Un ejemplo de estas medidas de protección sería el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados. Cfr. Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 35.

⁷⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140, párr. 123 y *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de Octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 209.

⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Idem*; Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, op. cit., párr. 280 y *Caso Luna López vs. Honduras*, op. cit., párr. 120 y *Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de Octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 261.

ponsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por *falta de la debida diligencia para prevenir* la violación en los términos requeridos por la Convención Americana.⁷⁸ En este sentido, destaca el alcance que el la Corte IDH le ha dado a este tipo de obligación en el caso de la *Familia Barrios vs. Venezuela*.⁷⁹

c) La adopción de medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos humanos

En caso de que se produzcan violaciones graves a derechos humanos, estos hechos deben ser *efectivamente investigados* y los responsables deben ser *sancionados* de acuerdo a la normatividad nacional.⁸⁰

La Corte IDH ha sido también consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de *prevenir*, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos; de *investigar seriamente*, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables*; así como de imponer las *sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una *adecuada reparación*.⁸¹

Por otra parte, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención Americana.⁸² Si el aparato del Estado ac-

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, párr. 172.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párr. 124.

⁸⁰ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, *op. cit.*, p. 36.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. (Fondo), *op. cit.*, párr. 174.

⁸² *Ibidem*, párr. 176.

túa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca a la víctima en plenitud de sus derechos (en cuanto sea posible), puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se *tolere* que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la propia Convención.⁸³

Desde su inicio la Corte IDH reconoció que si bien en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la personas, la de investigar es, como la de prevenir, una *obligación de medio o comportamiento* que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. La misma debe emprenderse con *seriedad* y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un *deber jurídico propio* y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, ya que si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, *auxiliados* por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁸⁴

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y *sin dilación*, una *investigación seria, imparcial y efectiva* por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), *op. cit.*, párr. 177; *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 200 y *Velásquez Paiz vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 143.

de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales.⁸⁵

La Corte IDH, a su vez, ha determinado que en conexión con la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personal, es decir, en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.⁸⁶ Lo anterior es entendible a otros tratados del Sistema Interamericano, como por ejemplo, a la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la *devida diligencia*⁸⁷ y a adoptar la normativa necesaria para *investigar y sancionar* la violencia contra la mujer.⁸⁸ Así, la Corte IDH ha considerado que el deber de *investigar efectivamente*, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre

⁸⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, op. cit., párr. 143; *Caso Espinoza González vs. Perú*, op. cit., párr. 241; *Caso Quisialaya Vilcapoma vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 162; y *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 257.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 142.

⁸⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160, párr. 344; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 185; *Caso Espinoza González vs. Perú*, op. cit., párr. 241; recientemente su aplicación en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Perú*, op. cit., párr. 145; y *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 220.

⁸⁸ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, op. cit., párr. 287 y *Caso*, op. cit., párr. 242; *Caso Espinoza González vs. Perú*, op. cit., párrs. 241 y 242; *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 145; y *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 220.

una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.⁸⁹

d) Reparar a las víctimas

En caso de violación a los derechos humanos, el Estado deberá *reparar a las víctimas* de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha establecido que el *derecho a la reparación* es un principio de Derecho internacional. En este sentido, toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.⁹⁰ Así, el Tribunal Interamericano ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*);⁹¹ lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.⁹²

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 293. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 186 y *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, párr. 242; y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 146.

⁹⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 25; *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 243; *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Febrero de 2006, Serie C No. 310, párr. 194 y *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 188.

⁹¹ Sobre esta figura, véase Sergio García Ramírez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 3-83.

⁹² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 26, *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones, *op. cit.*, párr. 195.

Para articular esta obligación, la Corte IDH ha tomado como base lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana,⁹³ y ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de *repararlo adecuadamente*,⁹⁴ y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.⁹⁵

Así, el Tribunal Interamericano tiene competencia para ordenar tres distintos tipos de reparaciones, a saber: (i) garantizar el goce de los derechos y libertades previsto en el *corpus iuris* interamericano; (ii) reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por agentes privados o estatales; y (iii) ordenar el pago de una indemnización justa.⁹⁶ Lo anterior ha dado lugar

⁹³ Este artículo dispone que: “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁹⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25. ; *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, 283, párr. 243; *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones, *op. cit.*, párr. 194 y *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 188.

⁹⁵ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, No. 77, párr. 62; *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 300 y *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 188.

⁹⁶ Cfr. Douglas Cassel, “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, *op. cit.*, t. II, pp. 215-251, en pp. 216-217.

a una gama muy importante de reparaciones, que incluyen la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición;⁹⁷ lo que con justa razón Cançado Trindade ha denominado “una jurisprudencia verdaderamente ejemplar en materia de reparaciones” y que tiene “hoy el reconocimiento internacional por su pionerismo y creatividad”.⁹⁸

A pesar de que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*), que implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, es el eje orientador de las medidas de reparación que dicta la Corte IDH, el mismo Tribunal ha tomando en cuenta situaciones en donde resulta necesario ir más allá de esa simple restitución. Esto se dio, por ejemplo, en el *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* y en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* en donde la discriminación estructural en la que se enmarcaban los hechos de ambos casos requirió que las reparaciones tuvieran excepcionalmente una *vocación transformadora* de dichas situaciones, de tal forma que las mismas tuvieran un efecto no sólo restitutivo sino también *correctivo*,⁹⁹ al no resultar lógica la restitución a la misma situación de violencia en contra de la mujer, en el primer caso, y las situaciones de discriminación por orientación sexual, en el segundo.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 217.

⁹⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale en América Latina?*, op. cit., t. II, pp. 189-214, en p. 191.

⁹⁹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, op. cit., párr. 450 y *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267.

e) La cooperación con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control

La *obligación de cooperar* se traduce en el deber de proporcionar información *oportuna, pertinente y veraz* respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.

La Corte IDH ha determinado que en 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 inter-estatal* para estos efectos.¹⁰⁰ El Tribunal Interamericano ha dispuesto que la impunidad no puede ser erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí, en casos de graves violaciones a derechos humanos.¹⁰¹ Ello debido a que 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; 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.¹⁰²

En tales términos, la Corte IDH ha determinado que la *extradición* se presenta como un importante instrumento para estos fines, de tal forma que los Estados Partes en la Convención Americana deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153, párr. 131.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

las violaciones cometidas mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Para el Tribunal Interamericano, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de *garantía colectiva* establecido bajo la Convención, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de *buena fe* en ese sentido; ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de casos de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁰³

Sin detrimento de lo anterior, recientemente, en el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, la Corte expresó que, como ha hecho en casos anteriores, aunque en otros contextos, la importancia de la figura de la extradición y el deber de colaboración entre los Estados en esta materia es del interés de la comunidad de naciones que las personas que han sido imputadas de determinados delitos puedan ser llevadas ante la justicia. Sin embargo, la Corte advirtió *que en el marco de procesos de extradición u otras formas de cooperación judicial internacional*, los Estados Parte de la Convención deben observar las obligaciones de derechos humanos derivadas de dicho instrumento. *De tal modo, las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y los requisitos de debido proceso deben observarse en los procedimientos de extradición, al mismo tiempo que aquella figura jurídica no puede ser utilizada como una vía para la impunidad.*¹⁰⁴

¹⁰³ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 132.

¹⁰⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 119.

Así, para la Corte IDH existe un mecanismo de *garantía colectiva* establecido en el Pacto de San José, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, por lo que los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido.¹⁰⁵

C. *La relación entre los derechos humanos sustantivos de la Convención Americana y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos*

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido creando su propia teoría de la interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana y otros tratados regionales en los que posee competencia.

En los primeros casos contenciosos que decidió, si bien las obligaciones generales se encontraban especificadas y previstas, como se comentó líneas arriba, no se encontraba del todo claro si dichas obligaciones podían dar lugar de forma autónoma a una violación al artículo 1.1 de la Convención, si las mismas eran consecuencia de otras violaciones declaradas o, si por el contrario, era necesario articular estas obligaciones con otro u otros derechos sustantivos previstos en el propio Pacto de San José.

Desde los primeros casos llegó a incluirse el análisis del artículo 1.1 haciendo uso del principio *iura novit curia*, como sucedió en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el que señaló que “toda pretensión de que se ha lesionado alguno de [los] derechos [estipulados en la Convención Americana], impli-

¹⁰⁵ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 160.

ca necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la [misma] Convención”.¹⁰⁶

En casos subsecuentes, la Corte IDH llegó a declarar violado de forma autónoma el artículo 1.1¹⁰⁷ y en otros declaró el incumplimiento de las obligaciones en relación con otros derechos.¹⁰⁸ Conforme avanzó la jurisprudencia interamericana, se llegó a la conclusión de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos* y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma podía llegar a ser incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención.

En el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte IDH dispuso que el Estado hondureño “tenía el deber de respetar dichos derechos y garantizarlos” y determinó que “el Estado [era] responsable por la inobservancia del artículo 1.1 de la

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, *op. cit.*, párr. 162. aso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 305.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, No. 11 (esta mención se deriva del reconocimiento de responsabilidad efectuado por Suriname), Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, No. 56 y Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.

¹⁰⁸ En algunos casos la Corte dedicó una sección en sus sentencias de fondo para explicar la naturaleza de las obligaciones generales derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana. Véanse entre otros: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, No. 68, párr. 138-139; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, párr. 107 y ss; Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73, párrs. 81 y ss., entre otras.

Convención, en relación con las violaciones declaradas [previamente en la sentencia]”,¹⁰⁹ con ello, dando respuesta a los alegatos tanto de la Comisión Interamericana como de los representantes que solicitaban que se declarará violado el artículo 1.1 del Pacto de San José.

Por tanto, se puede concluir que las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la Convención Americana en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares.¹¹⁰

3. LA CLÁUSULA DE NO DISCRIMINACIÓN

A. *La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*

El artículo 1.1 de la Convención Americana no sólo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” los derechos consagrados en dicho Pacto.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, No. 99, párr. 145.

¹¹⁰ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., 2009, p. 38.

La *cláusula de no discriminación* prevista en este precepto permaneció *dormida* por varios años ya que en el Sistema Interamericano la concepción del derecho a la igualdad había sólo sido considerado tradicionalmente desde el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana). Algunos autores estiman que esta situación se derivó esencialmente de la falta de distinción entre las funciones que deberían jugar ambos preceptos (artículos 1.1 y 24).¹¹¹

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En su más temprana jurisprudencia la Corte IDH trató de establecer diferencias entre lo dispuesto en ambos artículos. Así, por ejemplo, en la *Opinión Consultiva 4*, de 1984, relativa a la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte IDH afirmó que:

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.¹¹²

¹¹¹ Sobre este tema es de especial relevancia para clarificar las intenciones de la Corte IDH en su más reciente jurisprudencia, el trabajo de Óscar Parra Vera, y Marianne González le Saux, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, San José, núm. 47, 2008, pp. 127-164.

¹¹² Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, No. 4, párr. 53.

Mientras que respecto del artículo 24 de la Convención Americana, el propio Tribunal sostuvo:

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte IDH tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.¹¹³

Con posterioridad a este intento de distinción, y en especial en la jurisprudencia emanada del Tribunal a partir de casos contenciosos, se obvió la distinción entre ambas cláusulas de igualdad; lo que en ocasiones propició que la Corte IDH las considerara como parte de un mismo esquema dentro del derecho a la igualdad.¹¹⁴

Algunos autores critican la falta de desarrollo de estas cláusulas en casos relativos a pueblos indígenas,¹¹⁵ a pesar de estimarse que en la aplicación del principio de igualdad y no dis-

¹¹³ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, No. 4, párr. 54.

¹¹⁴ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹¹⁵ Óscar Parra Vera y Marianne González le Saux, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", *op. cit.*, pp. 151 y ss.

criminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella;¹¹⁶ sin embargo, la Corte IDH en estos casos no declaró violados ninguna de las cláusulas de igualdad que estamos analizando.¹¹⁷ En otros casos, la misma Corte IDH ha limitado su competencia para conocer y aplicar este tipo de cláusulas,¹¹⁸ lo que provocó que la jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad no se haya desarrollado significativamente en los primeros años en la jurisprudencia de la Corte IDH.¹¹⁹

B. El despertar de la cláusula de no discriminación

A partir del *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, la Corte IDH inició una nueva etapa en su jurisprudencia. En efecto, se empezó a

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 152.

¹¹⁷ Entre otros casos se pueden citar los siguientes: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124 y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.

¹¹⁸ En el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte IDH señaló, por ejemplo: “La Corte observa que los alegatos de la Comisión Interamericana y de los representantes de la presunta víctima en relación con el artículo 24 de la Convención Americana tienen que ver con la falta de aplicación de la figura del *in dubio pro reo* al caso de la señora de la Cruz Flores, cuando ésta sí se aplicó en el caso de otros cuatro médicos que se encontraban en circunstancias similares a las suyas. En este sentido, la Corte considera que no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención”. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, No. 115, párr. 115.

¹¹⁹ Véase también, Ariel E. Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación*. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana, *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, núm. 3, año 2007, pp. 15 a 32.

distinguir y dejar en claro la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículo 1.1 y 24 del Pacto de San José. El Tribunal Interamericano consideró que:

La diferencia entre los... artículos [1.1 y 24 de la Convención Americana] radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.¹²⁰

Para llegar a esta conclusión, la misma Corte IDH retomó lo que había establecido con anterioridad en la *Opinión Consultiva 4, de 1984*.¹²¹ A partir de esta concepción, el Tribunal Interamericano delimitó en forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24 y en qué casos corresponde analizar un hecho discriminatorio bajo el artículo 1.1.¹²²

¹²⁰ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182, párr. 209. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 333 y *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 214.

¹²¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84*, del 19 de enero de 1984. Serie A, No. 4, párrs. 53 y 54.

¹²² Óscar Parra Vera y Marianne González le Saux, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *op. cit.*, p. 157.

Esta concepción da como resultado que se conciba la clausula del artículo 1.1 como una *clausula subordinada*, que detalla en principio una lista de *categorías sospechosas* por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones; lo que implica también que el artículo 1.1 ofrece una sola concepción de igualdad, como una obligación que prohíbe discriminar en relación con otros derechos consagrados en la Convención.¹²³

Si bien el referido *Caso Apitz Barbera* no dio lugar a que se aplicara la clausula subordinada de igualdad del artículo 1.1 de la Convención, abrió la puerta para que en otros casos si sucediera. Así, por ejemplo, en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*,¹²⁴ asunto especialmente grave por los *feminicidios* ocurridos en Ciudad Juárez,¹²⁵ el Tribunal Interamericano encontró la existencia de una “cultura de discriminación” que tuvo influencia directa en los homicidios de mujeres y propició las violaciones en el caso mencionado.

Para el Tribunal Interamericano, dicha indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reprodujo la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituía en sí misma una *discriminación en el acceso a la justicia*. La Corte IDH determinó que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es to-

¹²³ *Ibidem*, p. 163. En opinión de los autores, esto implica a su vez que dentro de esta concepción, los casos de afectación al derecho a la igualdad por discriminación o por trato arbitrario deban ser analizados bajo la óptica del artículo 24 de la Convención Americana.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *op. cit.*

¹²⁵ El párr. 143 de la sentencia refiere a que *feminicidio* es el “homicidio de mujer por razones de género”. Resulta relevante tener en consideración que el artículo 1 de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, “Convención de Belém do Pará”, señala que “... debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

lerada, lo que favorece su perpetuación y la *aceptación social del fenómeno*, el sentimiento y la sensación de *inseguridad* en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Para la Corte IDH, la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente persistentes puede llegar a reflejarse implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el *razonamiento* y el *lenguaje* de las autoridades. Así, la creación y uso de *estereotipos* se convierte en una de las causas y consecuencias de la *violencia de género* en contra de la mujer. A partir de esta situación, el Tribunal Interamericano consideró que en el *Caso Campo Algodonero* la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado mexicano violó el *deber de no discriminación* contenido en el artículo 1.1. de la Convención, en relación con el *deber de garantía* de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas así como en relación con el *acceso a la justicia* consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares.¹²⁶

En el *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010, en el análisis de las violaciones a la Convención Americana, la Corte IDH pudo establecer la existencia de una “situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad” originada, entre otros factores, por “la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos protegiera los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servi-

¹²⁶ Especialmente véanse los párrs. 339 a 402 de la sentencia. Para un análisis de este lamentable caso, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, op. cit., México, Porrúa-UNAM, 2011.

cios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorgaba mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas” lo que para la Corte IDH originó un “desconoci[miento de] a su identidad cultural... amenazando su subsistencia física”.¹²⁷

La situación de la Comunidad Xákmok Kásek para la Corte IDH constituyó “una discriminación *de facto* en contra de los miembros de la Comunidad..., marginalizados en el goce de los derechos [de la Convención Americana] que el Tribunal declara violados en esta Sentencia”. Igualmente, la Corte IDH constató “que el Estado no ha[bía] adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión”.¹²⁸ La situación particular de este caso permitió que el Tribunal Interamericano dedujera la existencia de un tipo de *discriminación estructural*, el cual no había sido atendido por el Estado a través de ninguna medida, a partir de los hechos probados que dieron lugar a sustentar diversas violaciones a la Convención Americana.

Así, de conformidad con las violaciones de los derechos del Pacto de San José declaradas, la Corte IDH consideró que el Estado no había adoptado “medidas suficientes y efectivas” para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento.¹²⁹ Por lo tanto, la Corte IDH determinó que en dicho caso el Estado paraguayo incumplió con el deber de *no discriminar*, contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214, párr. 273.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 274.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 275.

los derechos de propiedad, debido proceso, garantías judiciales, vida, personalidad jurídica y derechos del niño.¹³⁰

En este caso la Corte IDH dio un paso más allá en su jurisprudencia al declarar que ciertas circunstancias que conllevan la violación a derechos de la Convención Americana pueden hacer que se deduzca el incumplimiento de la cláusula de igualdad del artículo 1.1, debido a que estas circunstancias se desprenden de una *discriminación de facto estructural*. En todo caso, esta nueva concepción del derecho a la igualdad tendrá que ir siendo desarrollada por la Corte IDH con el fin de clarificar la interacción entre los distintos derechos de este tratado internacional.

En el Caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*, la Corte IDH determinó que la cláusula subordinada de no discriminación del artículo 1.1 de la Convención Americana protegía los casos de discriminación por razones de preferencias sexuales. Y aclaró que “el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.¹³¹ Igualmente, la Corte determinó que

si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.¹³²

Asimismo, determinó que al interpretar la expresión “*cualquier otra condición social*” del artículo 1.1. de la Convención,

¹³⁰ *Ibidem*, resolutivo 9.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 82.

¹³² *Idem*.

debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.¹³³ Y aclaró que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, “no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”, ya que “la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”.¹³⁴

En dicha oportunidad, la Corte concluyó que un derecho que les está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual, ya que se violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana.¹³⁵

En el caso de los *85 Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH declaró la violación del artículo 1.1, en el marco del artículo 6 de la CADH, por una situación de *discriminación estructural histórica* derivada de la posición económica (pobreza) de los 85 trabajadores rescatados en la Hacienda Brasil Verde al ser sometidos a trabajo esclavo. En cuanto a las categorías sospechosas contempladas en el artículo 1.1 de la CADH, la Corte IDH consideró que en el caso podría ser abordado desde la categoría de “posición económica” interpretada bajo la óptica de la situación de pobreza y vulnerabilidad de los 85 trabajadores de la cual eran objeto.

De esa forma, la Corte IDH concluyó que la propia situación de pobreza en la que se encontraban los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde fue producto de un contexto de discrimi-

¹³³ *Ibidem*, párr. 84.

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 85.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 93.

nación estructural histórica que los hacía propensos a que fueran sometidos a trabajo esclavo en sus formas contemporáneas (servidumbre por deudas, trata de personas y trabajos forzosos).¹³⁶

A manera de conclusión, es necesario destacar que, la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1.1 debe coordinarse con la diversa prevista en el artículo 24, preceptos que “constituyen el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José”.¹³⁷ Asimismo, no debe perderse de vista la expresión amplísima que utiliza la Convención, al referirse en los términos “sin discriminación alguna”, que denota el espíritu que debe estar presente en todos los casos concretos de “respeto” y “garantía”; lo que también implica un principio de igualdad, toda vez que el Pacto prohíbe la *personalidad jurídica condicionada*, que consistía en la protección del Estado a algunas personas que cumplieran con determinadas condiciones, como sucedió en la sombra del Holocausto en la Segunda Guerra Mundial.¹³⁸

4. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 1.1 de la Convención establece el compromiso de los Estados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos

¹³⁶ Corte IDH: *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 341 y 342, además véase Resolutivo No. 4 de la Sentencia.

¹³⁷ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹³⁸ Cfr. Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 30-36.

y libertades “a toda persona sujeta a su jurisdicción”. En este sentido, cabe discernir qué alcance se le ha dado a la *jurisdicción* estatal con el fin de fijar los criterios esenciales de competencia *ratione loci* (en razón de lugar) en el que presuntamente se haya cometido la violación a un derecho consagrado en el Pacto de San José.

El concepto de *jurisdicción* en el derecho internacional público ha sido relacionado con el *control efectivo* que un Estado o gobierno o autoridad puede tener en un territorio determinado.¹³⁹ En este sentido, la jurisdicción de un Estado corresponde, en principio, a la potestad y soberanía que tiene en su mismo territorio (ámbito espacial de validez). Sin embargo, en el derecho internacional se han llegado a presentar situaciones en las que un poder estatal puede llegar a tener una suerte de “control efectivo” en un territorio extranjero.¹⁴⁰

En la Corte IDH nunca se ha suscitado controversia alguna en materia de jurisdicción estatal en razón de territorio. En todos los casos conocidos hasta la fecha, los hechos denunciados como violatorios han ocurrido, en su totalidad, en los territorios de los estados demandados. Sin embargo, cabría preguntarse si un hecho ocurrido fuera de las fronteras de una nación determinada podría dar lugar a responsabilidad estatal.¹⁴¹

¹³⁹ Cfr. Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*, Washington, D. C., Oct 18, 1923, 18 *American Journal of International Law* 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923) y Cassese, Antonio, *International Law*. 2a. ed. New York, Oxford University Press, 2005, pp. 73 y ss.

¹⁴⁰ Al respecto, un antecedente reciente es el caso de las actividades militares y paramilitares que Estados Unidos llevó a cabo en Nicaragua en la década de los años 80. Cfr. International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986.

¹⁴¹ Para el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, “...un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte,

En el derecho internacional de los derechos humanos se han examinado casos en donde Estados extranjeros han sido encontrados responsables internacionalmente de violaciones a derechos humanos al tener el “control efectivo” de regiones fuera de su territorio. Al respecto, quizá los casos más celebres se encuentran en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, con los Casos *Chipre vs. Turquía*¹⁴² e *Iliscu y otros vs. Moldava y Rusia*.¹⁴³

Sin embargo, existen una serie de casos en los cuales la Comisión Interamericana determinó que

en ciertas circunstancias [la Comisión] tiene competencia para conocer de las comunicaciones en que se denuncia la violación de derechos humanos protegidos en el sistema interamericano por agentes de un Estado miembro de la organización *aun cuando los hechos que constituyen esta violación hayan ocurrido fuera del territorio de dicho Estado*.¹⁴⁴

incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte... el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla”. *Cfr.* Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) párr. 10.

¹⁴² ECHR. *Cyprus v. Turkey* (App. 25781/94), Judgment of 10 May 2001; (2001) 35 E.H.R.R.731.

¹⁴³ ECHR. *Ilascu and Others v. Moldava and Russia* (App.48787/99, Judgment of 8 July 2004; (2005) 40 EHRR 1030.

¹⁴⁴ CIDH. Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales. Informe No. 86/99 Caso 11.589 (Cuba) 29 de septiembre de 1999. párr. 23.

Esta postura de la Comisión ha sido retomada en otros casos,¹⁴⁵ sin que ello implique una interpretación constante, ni signifique que la Comisión haya aceptado por analogía examinar algún caso en el contexto de un conflicto armado internacional fuera del territorio del Estado en cuestión.¹⁴⁶

En el caso *Franklin Guillermo Aisalla Molina*, una petición interestatal entre el Estado Ecuatoriano y Colombia, relacionada con la ejecución extrajudicial de la víctima por miembros del Estado Colombiano por la Operación Fénix, en relación a la competencia *ratione loci*, la Comisión Interamericana expresó que en la determinación de la jurisdicción resulta decisivo para la Comisión el ejercicio de autoridad sobre las personas parte de agentes de un Estado aunque no se lleve a cabo en su territorio, sin que se exija necesariamente la existencia de una relación legal formal o estructurada y prolongada en el tiempo para vincular la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos por sus agentes en el extranjero. Al momento de analizar el ámbito de jurisdicción de la Convención Americana, es necesario determinar si existe un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos humanos y libertades de una persona. No obstante la CIDH también apuntó que

lo anterior no significa que derive necesariamente de la actuación extraterritorial de un Estado un deber de garantía de catálogo de derechos sustantivos establecidos en la CADH, incluyendo toda la gama de obligaciones respecto a las personas que se encontraban bajo la jurisdicción del mismo por el tiempo que haya durado el control de sus agentes.

¹⁴⁵ CIDH. Comité Haitiano de Derechos Humanos, *et al.*, Informe No. 51/96, Caso No. 10.675 (Estados Unidos) 13 de marzo de 1997.

¹⁴⁶ Diego Rodríguez Pinzón, "Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos", Washington, American University Washington College of Law. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm>

En cambio, si se desprende la obligación de que en el lapso de la interferencia de los agentes de un Estado en la vida de personas que se encuentren en territorio de otro Estado, dichos agentes respeten sus derechos y en particular, su vida e integridad personal.¹⁴⁷

Creemos que esta posibilidad está latente. En efecto, “la existencia de esta obligación expresa no significa el deber de no desarrollar, ejercer o tolerar ninguna acción contra los derechos humanos de personas que, por estar situadas fuera de su territorio, no estarían *strictu sensu* sometidas a su jurisdicción”.¹⁴⁸ Como expresa Gros Espiell, constituye

otro deber, complementario del que expresamente resulta del artículo 1.1 de la Convención, es la consecuencia de los principios generales de derecho, del principio de no intervención (artículo 18 de la Carta de la OEA) y de la filosofía misma del Sistema Interamericano. Así, esta eventual violación de derechos humanos fuera del territorio del Estado Parte, como consecuencia de acciones u omisiones que le fueron imputables, podría generar su responsabilidad internacional.¹⁴⁹

La Corte Interamericana ha dado los primeros pasos para reconocer las obligaciones de respeto y garantía de los Estados fuera de su territorio, así, en el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, un caso relacionado con la extradición de la víctima a China, en donde existía la posibilidad de que se le aplique la pena de muerte por los delitos que había cometido en dicho país, el Tribunal Interamericano siguiendo al Tribunal Europeo en el caso *Soering vs. Reino Unido*, consideró que en aquellos casos en

¹⁴⁷ CIDH, Informe No. 112/10, *Petición Interestatal- Admisibilidad – Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador vs. Colombia* EA/Ser.L/V/II.140 Doc10, 21 de Octubre de 2010, párr. 99 y 100.

¹⁴⁸ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., p. 69.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 69-70.

los cuales la víctima alegue que, de ser expulsado o extraditado, sería sometido a tratos contrarios a su derecho a la vida o integridad personal, era necesario garantizar esos derechos y evitar que se produzcan daños graves e irreparables.¹⁵⁰ En efecto, la responsabilidad por no garantizar éstos derechos no recaería directamente sobre China, pues no le compete a la Corte Interamericana determinar la responsabilidad internacional por violaciones de los Estados que no son parte del Sistema, a similar conclusión llegó el Tribunal Europeo en donde el país involucrado era Estados Unidos; de esta forma, la responsabilidad internacional recaería en aquel Estado que expuso a que la víctima sufriera daños graves e irreparables aún cuando la ejecución de éstas violaciones se materialicen fuera del territorio del Estado que si parte del sistema de derechos humanos.

5. LOS SERES HUMANOS COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN
DEL SISTEMA INTERAMERICANO LA CONCEPCIÓN Y EVENTUAL
DESARROLLO DEL CONCEPTO “PERSONA” PREVISTO EN EL ARTÍCULO
1.2 DE LA CADH

El artículo 1.2 del Pacto de San José establece que “[p]ara los efectos de [l]a Convención, persona es todo ser humano”. La misma Convención utiliza la palabra “persona” en múltiples ocasiones con el fin de establecer al sujeto titular de derecho en su texto.¹⁵¹

¹⁵⁰ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 142.

¹⁵¹ La Comisión por su parte se ha pronunciado sobre el artículo 1.2 de la Convención en : Informe No 39/99, caso MEVOPAL S. A., Argentina, 11 de marzo de 1999, párrafos 2 y 17; CIDH Informe No 47/97, caso Tabacalera Bokerón, S. A., Paraguay, 18 de octubre de 1997, párrafos 25 y 35. En el mismo sentido en CIDH, Informe 10/91, caso Banco de Lima, Perú, 22 de febrero de 1991, párrs. 1-3; CIDH, Informe 106/99 Bendeck - Cohdinsa, Honduras del 27 de septiembre de 1999, párr. 20; CIDH, Informe 103199, caso Bernard Merens y familia, Argentina, 27 de septiembre de 1999, párr. 3.

La redacción que ofrece la Convención Americana en este aspecto no es casual. La misma fue motivada en contraposición a lo dispuesto por el artículo 34 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, suscrito en Roma en 1950 y vigente desde 1953. Dicho precepto del sistema europeo y su desarrollo jurisprudencial ha permitido que, dependiendo de la violación alegada, puedan acceder a reclamar sus derechos personas de forma individual, grupos de personas, organizaciones no gubernamentales, empresas (aun si ya han sido disueltas), accionistas, sindicatos, partidos políticos y organizaciones religiosas.¹⁵² Incluso el artículo 1 del Protocolo Adicional No. 1 del Convenio Europeo referido, de 1952, respecto del derecho de propiedad, expresamente se refiere a “persona física o moral”.

En cambio, la intención original en el Sistema Interamericano fue limitar la posibilidad de que personas jurídicas (morales) pudieran erigirse como peticionarios, para restringirlo a las personas físicas, sean nacionales o extranjeras. El espíritu fue “reconocer y garantizar *derechos del individuo*, del ser humano, del hombre de ‘carne y hueso’ y no de personas jurídicas, de sociedades, de entidades económicas, financieras, sociales o culturales”.¹⁵³ Ese constituye “el sentido, el objeto y el fin del Convenio”.¹⁵⁴

Sin embargo, esta postura, si bien se encontraba justificada en su momento, ha ido sufriendo cambios gradualmente, que la han ido flexibilizando al grado de hacer evidente la aceptación de *accionistas de empresas y pueblos o comunidades indígenas* como sujetos de derecho ante los órganos del Sistema Inter-

¹⁵² Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2a. ed. New York, Oxford University Press, 2005, p. 115.

¹⁵³ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., p. 72.

¹⁵⁴ *Idem*.

mericano a través de un dinamismo interpretativo de la Convención Americana.

A. Los derechos humanos de los accionistas de empresas

El Pacto de San José refiere sólo como titular de derechos a las “personas”, identificándolas con la concepción de “ser humano”, de donde deriva que, en principio, se excluya titularidad de derechos a personas jurídicas (morales). Sin embargo, a través de la interpretación evolutiva del Pacto de San José, la Corte IDH ha ido matizando esta postura, al aceptar legitimación a personas individuales en calidad de accionistas de una empresa cuando reclamen sus derechos de propiedad.

En torno al derecho de propiedad y la posibilidad de que accionistas puedan hacer justiciable este derecho en el Sistema Interamericano, en el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*,¹⁵⁵ la Corte IDH sintetizó la jurisprudencia constante en la materia, estableciendo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención, (como sí lo hace el Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), eso no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aun y cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.¹⁵⁶

De esta forma, la Corte IDH ha analizado la posible violación de derechos de propiedad de determinadas personas en

¹⁵⁵ Véase Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 195, párrs 399-400.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 399.

su calidad de accionistas.¹⁵⁷ En esos casos ha diferenciado los “derechos de los accionistas” de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros;¹⁵⁸ siguiendo en este sentido a la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Barcelona Traction*.¹⁵⁹ Este criterio de la Corte IDH, a su vez, ha sido seguido por otros organismos internacionales de protección a los derechos humanos.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74, párrs. 123, 125, 138 y 156.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párr. 127; y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 337.

¹⁵⁹ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, No. 85, párr.26; y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 146; véase también, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 36, párr. 47.

¹⁶⁰ El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha mencionado que “Los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son personas físicas. Aunque, con excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos por el Pacto, como la libertad de manifestar su religión o sus creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden disfrutarse en comunidad con otros. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones está limitada a las que presentan personas físicas o se presentan en su nombre (artículo 1 del (primer) Protocolo Facultativo) no impide que esos individuos pretendan que acciones u omisiones que conciernen a las personas jurídicas y entidades similares equivalen a una violación de sus propios derechos”. Cfr. Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) párr. 9.

B. *Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales*

En el Sistema Interamericano, tal y como lo ha señalado Sergio García Ramírez, no nos encontramos ante litigios ocasionales, aislados, circunscritos a un solo espacio, como tampoco ante controversias ordinarias que deban ser analizadas y resueltas a partir de formulas abstractas, uniformes, desatentas de la historia y al orden jurídico de las víctimas.¹⁶¹ En este sentido, la Corte IDH, progresivamente, ha ido interpretando el contenido del artículo 1.2 de la Convención con el fin de dar respuestas a las realidades imperantes en el Continente Americano, en especial en lo relativo a la situación de los indígenas.

El *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) fue la primera ocasión en que la Corte IDH expresa su visión sobre los derechos de los pueblos indígenas, estableciendo criterios jurisprudenciales para la comprensión del fenómeno.¹⁶² Así, a los pueblos y comunidades indígenas se les reconoce como sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales específicos colectivos.¹⁶³

A través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, toman-

¹⁶¹ Corte IDH, voto del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127, párr. 15.

¹⁶² Juan Diego Castrillón Orrego, *Globalización y derecho indígenas: el caso de Colombia*, México, IJ-UNAM, 2006, p. 279; asimismo, veáse César Landa y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ricardo Sepúlveda y Diego García Ricci, *Derecho constitucional de los derechos humanos*, México, Escuela Libre de Derecho, 2012.

¹⁶³ *Idem*.

do en cuenta incluso lo dispuesto en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la Corte IDH, en el referido caso, consideró que el artículo 21 del Pacto de San José no sólo protegía la propiedad individual, sino el derecho a la propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹⁶⁴ Esto, debido a 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 ésta no se centra en un individuo sino en el *grupo y su comunidad*.¹⁶⁵

Para la Corte IDH, 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.¹⁶⁶ La Corte IDH consideró que 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.¹⁶⁷

Para Sergio García Ramírez, pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndo-

¹⁶⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 148.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párr. 149 y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111.

¹⁶⁶ *Idem* y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 130.

¹⁶⁷ *Idem*.

los así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas.¹⁶⁸ Igualmente, para el ex Presidente de la Corte IDH, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos tanto individuales como colectivos, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas.¹⁶⁹ Esta concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, implica también una interpretación de lo dispuesto inicialmente en el artículo 1.2 de la Convención Americana, en concordancia con las obligaciones de “respeto” y “garantía” del artículo 1.1 del mismo Pacto; y también en relación con la ya comentada “cláusula de igualdad” consagrada en el mismo precepto.

El criterio posteriormente ha sido consolidado y explicado a través de la jurisprudencia interamericana de forma reiterada en otros casos.¹⁷⁰ Así, la Corte IDH ha determinado que la protec-

¹⁶⁸ Corte IDH, voto del Juez Sergio García Ramírez en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, *op. cit.*

¹⁶⁹ *Ibidem*, párr. 14.

¹⁷⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214 y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

ción de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados *la obligación positiva* de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.¹⁷¹ Dicha concepción es especialmente importante en el ya comentado *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010.

Para algunos autores, el camino que ha seguido la Corte IDH en esta temática tiene una fundamentación esencialmente utilitarista, ya que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de una *concepción colectiva de los derechos* con la propia Convención Americana; empero, si lo hace sobre los efectos que tendría su no reconocimiento sobre ciertos aspectos de la propiedad desde sus atributos (uso y disposición) y no desde su naturaleza (derecho individual vs. derecho colectivo).¹⁷²

B. *La revisión de esta temática en la Opinión Consultiva No. 22*

Recientemente, a solicitud del Estado panameño, la Corte Interamericana emitió la *Opinión Consultiva No. 22 sobre la titularidad de los derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, el 26 de febrero del 2016. En esta oportunidad el Tribunal Interamericano reafirmó

Serie C No. 305 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

¹⁷¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 95.

¹⁷² Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 197.

su criterio en torno a que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.¹⁷³ Sin embargo, la Corte aclaró que no era viable establecer una fórmula única que sirviese para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica, por lo que se debía analizar dicho vínculo caso a caso, ya sea que se trate de una empresa o sociedad comercial, partidos políticos, asociaciones religiosas u organizaciones no gubernamentales.¹⁷⁴

Así, en su desarrollo, la Opinión Consultiva da claridad sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas y tribales y el estatus que gozan los sindicatos, federaciones y confederaciones.

Respecto de los pueblos indígenas y tribales, la Corte Interamericana concluyó que

por disponerlos varios instrumentos jurídicos internacionales, de los cuales son parte los Estados del sistema interamericano, y algunas de sus legislaciones nacionales, las comunidades indígenas y tribales, por encontrarse en una situación particular, deben ser consideradas como titulares de ciertos derechos humanos. Adicionalmente, ello se explica en atención a que, en el caso de los pueblos indígenas su identidad

¹⁷³ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 70.

¹⁷⁴ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 120.

y ciertos derechos individuales, como por ejemplo el derecho a la propiedad o a su territorio, solo pueden ser ejercidos por medio de la colectividad a la que pertenecen.¹⁷⁵

En lo relativo a los sindicatos, federaciones y confederaciones, el Tribunal Interamericano estimó que la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, *permite presentarse ante el Sistema Interamericano en defensa de sus propios derechos*;¹⁷⁶ lo anterior debido a que si bien la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de referirse a las violaciones sobre los derechos sindicales contenidos en el artículo 8.1.a, el Tribunal Interamericano tiene competencia —en virtud del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador— para conocer sobre casos contenciosos en torno a esta disposición.¹⁷⁷ De esta forma, los Estados en cumplimiento de sus obligaciones de garantía deben permitir e incentivar la generación de las condiciones aptas para que tales derechos se puedan llevar a cabo efectivamente. Por otro lado que en lo que respecta al cumplimiento de la obligación de respeto, esta implica las obligaciones negativas de abstenerse de crear barreras tales como legales o políticas tendientes a impedir a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones la posibilidad de

¹⁷⁵ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 83.

¹⁷⁶ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos*, op. cit., párr. 105.

¹⁷⁷ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos*, op. cit., párrs. 86-87.

gozar de un libre funcionamiento y adicionalmente a los sindicatos la posibilidad de asociarse.¹⁷⁸

Por otro lado, otro aspecto de suma relevancia en la Opinión Consultiva fue que frente al criterio que había sostenido la Comisión Interamericana en el cual era necesario que las personas físicas agotaran los recursos en sede interna, aún cuando en sede interna los únicos legitimados para interponer los recursos fueran las personas jurídicas, al Corte Interamericana consideró que se deben tener por agotados los recursos internos en cumplimiento del artículo 46.1.a) de la Convención cuando: i) se compruebe que se presentaron los recursos disponibles, idóneos y efectivos para la protección de sus derechos, independientemente de que dichos recursos hayan sido presentados y resueltos a favor de una persona jurídica, y ii) se demuestre que existe una coincidencia entre las pretensiones que la persona jurídica alegó en los procedimientos internos y las presuntas violaciones que se argumenten ante el sistema interamericano.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cfr. Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos*, op. cit., párrs. 101-102.

¹⁷⁹ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos*, op. cit., párr. 136.

III. EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

1. LA DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA DE DERECHOS HUMANOS DE 1969

A diferencia del artículo 1, el artículo 2 de la CADH no se encontraba contemplado en el *Proyecto de Convención Americana sobre Protección de Derechos Humanos* que propuso en su momento la Comisión Interamericana.

En los *travaux préparatoires* de la Convención se puede advertir como surgió este artículo. A propuesta del gobierno de Chile, era conveniente la inclusión a la Convención Americana de una disposición análoga a la establecida en artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. La representación chilena estimó que si bien en los Estados Americanos las disposiciones de los tratados “se incorporan” al derecho interno en virtud de la ratificación, no es menos cierto que en varios casos es necesario adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto del proyecto así lo indica. Además, el gobierno chileno apuntó que la inclusión de esta cláusula en la Convención Americana podría responder a la posible alegación de un Estado en el sentido de

que no estar obligado a respetar uno más derechos contemplados en su legislación interna.¹⁸⁰

Por su parte, República Dominicana propuso una inserción en el apartado “b” del artículo 1 que aclarara los efectos legales de la ratificación en las legislación nacional de las respectivas Partes.¹⁸¹ De igual manera, el gobierno de Ecuador estimó que con el fin de defender los derechos, el artículo 1 del anteproyecto de Convención debía ser reemplazado por los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del PIDCP.¹⁸²

Como es posible observar, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966¹⁸³ fue un referente fundamental en la redacción final del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Pacto de San José) de 1969;¹⁸⁴ En similares términos, como se verá más adelante, otros tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contienen disposiciones similares, como es el caso del artículo 2

¹⁸⁰ OEA, Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 38.

¹⁸¹ La redacción que el gobierno de Republica Dominicana proponía era la siguiente: artículo 1b. Efectos Legales . Si no se hubiese ya dispuesto por ley u otras medidas existentes, cada Estado Parte en esta Convención se compromete a tomar las medidas oportunas, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, para dictar las disposiciones legislativas o de otra índole que fueren necesarias a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. OEA, Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 55.

¹⁸² *Ibidem.*, pp. 104.

¹⁸³ Aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976.

¹⁸⁴ La Convención Americana entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por Grenada, de conformidad con su artículo 74.2.

del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.¹⁸⁵

2. LA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA HACER EFECTIVO LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 2) Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1)

Los artículos 1 (respeto y garantía) y 2 (adopción de medidas internas) de la Convención Americana guardan una estrecha relación, si bien no deben confundirse. La obligación de “garantía” prevista en el primero de los preceptos, como lo advierte García Ramírez:¹⁸⁶

puede suponer la operación del artículo 2, que es, en rigor, un rostro del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del Caso *Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006,

¹⁸⁵ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Este dispositivo establece: “Artículo 2. *Obligaciones de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueron necesarios para hacer efectivos tales derechos”.

¹⁸⁶ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., p. 232.

para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del Caso Campo Algodonero vs. México, en tanto estos patrones propician agresión contra las mujeres.

Para la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cecilia Medina Quiroga, es tal la importancia que se asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la Convención Americana consagra en su artículo 2 la obligación de los Estados parte de adoptar *las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma*.¹⁸⁷

Dicha disposición causó importantes discusiones sobre sus alcances y su interpretación en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, especialmente sobre la relación que existiría entre esta obligación y las diversas obligaciones de “respeto” y “garantía” que prevé el artículo 1 del Pacto de San José.

La interpretación más consistente entre las obligaciones que se desprenden de ambas disposiciones es la que señala que el artículo 2 no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1.¹⁸⁸ En este sentido, Gros Espiell señaló, dentro del marco de la *Opinión Consultiva 7/86*, que “la obligación que resulta del artículo 2, *complementa, pero de ninguna manera sustituye o supe, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1*” ya que “cuando se pro-

¹⁸⁷ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003, p. 21. El debate en torno a esta disposición ha sido explicado *in extenso* por Cecilia Medina en “*The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*”, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1988, capítulo V, pp. 93 y ss.

¹⁸⁸ *Idem*.

puso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1”.¹⁸⁹

Fue el gobierno de Chile el que propuso la inclusión de esta obligación prevista en el artículo 2, cuando formuló observaciones al proyecto final de la Convención Americana, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969.¹⁹⁰ Esta obligación no se encontraba en las fases previas de elaboración del proyecto de la Convención Americana, ya que se consideraba que existía naturalmente por aplicación del Derecho Internacional; y de ahí que cuando se propusiera su inclusión “se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación”.¹⁹¹ El gobierno de los Estados Unidos, sin embargo, se opuso al considerar que los pri-

¹⁸⁹ Opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell en Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986. Serie A, No. 7, párr. 6.

¹⁹⁰ El gobierno de los Estados Unidos, en cambio, se opuso al considerar que los primeros artículos de la Convención “no son ejecutables por si mismos” y que requieren de medidas legislativas. Sin embargo, como lo expresa Gros Espiell, apoyándose en Eduardo Jiménez de Aréchaga, esta tesis “sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 del Pacto de San José y arts. 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)”. Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1991, p. 67.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 214.

meros 32 artículos de la Convención no son ejecutables por sí mismos (*are not self-executing*):¹⁹²

La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidas por la Convención (artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones substantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones substantivas a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: “los Estados Unidos declaran que los artículos 1 al 32 de esta Convención no se aplican directamente”.

Sin embargo, como lo expresa Gros Espiell, apoyándose en Eduardo Jiménez de Aréchaga, esta tesis “sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 del Pacto de San José y arts. 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)”.¹⁹³ En este sentido, el gobierno de Chile en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, apoyó de manera determinante esa obligación al señalar que “no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la es-

¹⁹² Texto del Departamento de Estado enviado al presidente de los Estados Unidos sobre la interpretación de la Convención Americana. Cfr. Edmundo Vargas Carreño, “Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980, p. 150.

¹⁹³ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, op. cit., p. 40.

tablecida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.¹⁹⁴

Siguiendo esta línea argumentativa, Medina Quiroga señala que el artículo 2 no anula las obligaciones del artículo 1.1 que son *exigibles de inmediato*. Para la autora, cuando un Estado es parte de un tratado, tiene la obligación de *adaptar su legislación interna a las disposiciones del dicho instrumento internacional* y de cumplir sus disposiciones en toda su integridad; por lo que estima que en realidad el artículo 2 no era realmente necesario, debiendo ser considerado sólo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña).¹⁹⁵

De estas reflexiones infiere dos consecuencias a partir del artículo 2 de la Convención. Primero, que los Estados parte están obligados a *desarrollar en su legislación* aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia.¹⁹⁶ Segundo, que los Estados parte se encuentran obligados a *adoptar todas las medidas legislativas* que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.¹⁹⁷

En resumen, mientras que el artículo 1.1 refiere a las obligaciones de respetar y *garantizar* los derechos y libertades, obligaciones de aplicación “directa” y cuyo incumplimiento genera la consecuente *responsabilidad internacional del Estado*; el ar-

¹⁹⁴ *Actas y Documentos. Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos* (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969), *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁵ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹⁷ *Idem*.

título 2 del Pacto de San José, “agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”.¹⁹⁸

Sentadas estas bases en las primeras discusiones durante los trabajos preparatorios de la Convención y en las primeras discusiones en el seno mismo de la Corte IDH, el siguiente paso en el desarrollo de este precepto consistió en su interpretación y aplicación en casos contenciosos concretos.¹⁹⁹

3. LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

A lo largo de más de treinta años de jurisprudencia la Corte IDH se ha ido consolidando diversos criterios respecto a los alcances de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. De forma general, en su más temprana jurisprudencia, la misión del Tribunal Interamericano fue exponer el origen, los alcances y naturaleza de esta obligación internacional.

Así, en relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados Partes a

¹⁹⁸ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, op. cit., p. 68.

¹⁹⁹ Resulta útil como una primera aproximación, aunque no esté actualizada, las referencias de jurisprudencia que se establecen en las obras de Juan Carlos Wlasic, María Estela Fernández Puentes, y Daniel Alejandro Lanza, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, Editorial Juris, 1998; y Waldina Gómez Carmona, Víctor Manuel Cáceres Tovar, Nathalia Maaría Chacón Triana y Omar Huertas Díaz, *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 1982.

adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional.²⁰⁰ Los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.²⁰¹

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por otra, para ordenar medidas específicas de reparación en casos en donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención vulnerados en un caso concreto. Al respecto, habría que destacar que estas medidas de “no repetición” no siempre se han deriva-

²⁰⁰ Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, No. 12, párr. 50; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 213 y *Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párr. 118. Ver también: *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14, párr. 48.

²⁰¹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párr. 207; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 192 y *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 187.

do en su concepción de un incumplimiento directo al artículo 2 de la Convención; sin embargo, las mismas siempre han tenido un grado de *conexión relevante* con las violaciones principales del caso y se han encontrado justificadas.²⁰²

La Corte IDH ha sostenido que

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente... En este orden de ideas, [ha señalado la Corte IDH que] la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.²⁰³

Así, el Tribunal Interamericano ha establecido que

²⁰² Véase por ejemplo la medida de reparación en el caso *Vargas Areco* consistente en que el Estado Paraguay tenga que “adecuar su legislación interna en materia de reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas del Paraguay, de conformidad con los estándares internacionales en la materia” y el contexto, los hechos y las violaciones declaradas en el fondo del caso de acuerdo a la competencia temporal de la Corte. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 155.

²⁰³ Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. No. 68, párr. 136; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 175; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 270; *Caso de la Comunidad Garífuna Punta Piedras y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015 Serie C No. 304, párr. 206 y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 409.

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁰⁴

Además, la Corte IDH de manera general y reiterada ha sostenido que los Estados Parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁰⁵ Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 del Pacto de San José. Estas medidas son las necesarias para “garantizar [el] libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma.²⁰⁶ El no adoptar estas medidas contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención.²⁰⁷

²⁰⁴ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párr. 178; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 175; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 270 y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 410.

²⁰⁵ Corte IDH *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35, párr. 97.

²⁰⁶ Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 166.

²⁰⁷ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párr. 176; y *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14, párr. 36.

En adición a lo anterior, la Corte IDH ha llegado a afirmar que “una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto”.²⁰⁸ En efecto, en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* de 1997 el Tribunal Interamericano señaló que una disposición legal de un Estado podía violar *por sí misma* el artículo 2 del propio instrumento.²⁰⁹

Mientras que el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina* de 1998 afirmó claramente que la Convención Americana “establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados” estableciendo que

[e]sta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en [el] orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.²¹⁰

Por tanto, el Tribunal Interamericano ha determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de

²⁰⁸ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párr. 205.

²⁰⁹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, párr. 98. Sin embargo, cabe aclarar que la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH requiere acreditar que la ley impugnada como contraria a la Convención haya sido aplicada o haya influido en los hechos del caso concreto. Aunque el criterio varió desde larga data, por ejemplo, véanse las consideraciones realizadas en el *Caso Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, No. 227, párrs. 140-142.

²¹⁰ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, No. 39, párrs. 68-69.

ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe *adoptar todas las medidas necesarias* para que lo establecido en la Convención sea *realmente* cumplido.²¹¹ Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, *una obligación de resultado*.²¹² Esto implica que una norma por mejor diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el artículo 2 de la Convención.

La Corte IDH ha señalado además que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos,²¹³ lo cual implica que el respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2 del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo,

²¹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 101; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, nota a pie de página 332; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 270 y *Caso Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 214.

²¹² Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

²¹³ Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137 ; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 293 y *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275 párrs. 164 y 184.

pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras ramas del Estado, como son los poderes Ejecutivo o Judicial o inclusive los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales.

De esta forma, en el Caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH determinó que

*[c]iertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.*²¹⁴

Recientemente, la Corte IDH ha emitido pronunciamientos relevantes sobre el alcance del artículo 2 del Pacto de San José. Así, en el caso *Duque vs. Colombia* analizó el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo en dicho país a nivel jurisprudencial y normativo,²¹⁵ a su vez, en el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, analizó lo referente a la falta de

²¹⁴ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 172.

²¹⁵ Corte IDH. Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 139.

adecuación del tipo de desaparición forzada a nivel legislativo y su interpretación por el Poder Judicial peruano.²¹⁶

4. LOS SUPUESTOS Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Los criterios generales ya descritos son de aplicación general en todos los casos en donde la Corte IDH ha conocido situaciones en las que se ha incumplido el artículo 2 que estamos analizando. Sin embargo, el Tribunal Interamericano, ante la pluralidad de situaciones que ha conocido, ha tenido que desarrollar esos mismos criterios generales en *situaciones específicas* como en casos muy trascendentes en materia de derechos de los pueblos indígenas; para determinar los efectos de leyes de amnistía; y en casos de libertad de expresión y acceso a la información, entre otros, que se analizarán por separado.²¹⁷

A la par del desarrollo de esta obligación dentro de los confines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ha aplicado estos criterios generales en el desarrollo de cláusulas similares, pero más específicas en otros tratados sobre derechos humanos dentro del Sistema Interamericano

²¹⁶ Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párrs. 231-233.

²¹⁷ Estas categorías no son de ninguna manera exhaustivas ya que la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia aun continúa desarrollándose. Así, por ejemplo, en el *Caso Forneron e hija vs. Argentina* la Corte concluyó que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón por no tipificar la venta de niños, niñas y adolescentes. Corte IDH. *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 144.

sobre Derechos Humanos como se analizará al final de este apartado.

A. Pueblos Indígenas y Tribales

El desarrollo jurisprudencial en el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos en torno a los derechos de los pueblos indígenas ha sido especialmente importante en torno al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Desde el *Caso Awas Tingni (Sumo) vs. Nicaragua* de 2001 (primer asunto sobre la materia de los pueblos indígenas),²¹⁸ la Corte IDH consideró que el país demandado no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitiesen la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas. Además, el Estado no se ciñó a un *plazo razonable* para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni;²¹⁹ por lo que la Corte IDH ordenó que el Estado *adoptara en su derecho interno*, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las *medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter* que fueran necesarias para *crear un mecanismo efectivo* de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas

²¹⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.

²¹⁹ En general, sobre el *plazo razonable* en esta materia, véase César Landa y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", que aparece en el volumen *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por Ricardo Sepúlveda y Diego García Ricci, en la obra conmemorativa en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario, 2012.

Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.²²⁰

En este sentido, para el Tribunal Interamericano en dicho caso, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta ya que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.²²¹ En el caso concreto, la falta de delimitación y demarcación de los territorios creó un *clima de incertidumbre permanente* entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes;²²² y la inexistencia de una legislación que permitiera resolver toda esta problemática trajo consigo el incumplimiento del artículo 2 del Pacto de San José.

En el mismo sentido, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005,²²³ la Corte IDH determinó que de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención debían instituirse *procedimientos adecuados* en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Así, estableció que los Estados debían establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una *posibilidad*

²²⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 138.

²²¹ *Ibidem*, párr. 151.

²²² *Ibidem*, párr. 153.

²²³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.

real de devolución de sus tierras, asegurando que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.²²⁴

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* de 2006,²²⁵ siguiendo los precedentes antes citados, la Corte IDH determinó que el Estado paraguayo tenía la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Esto, en virtud de la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana que impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean *accesibles y simples* y que los órganos a su cargo *cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes* que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.²²⁶ Para la Corte IDH, el reconocimiento *meramente abstracto o jurídico* del derecho de reivindicación de las tierras *carece prácticamente de sentido* si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. El Tribunal IDH consideró que con ello se amenazó el *libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales*.²²⁷

²²⁴ *Ibidem*, párr. 102.

²²⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.

²²⁶ *Ibidem*, párr. 109.

²²⁷ *Ibidem*, párr. 143.

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* de 2007,²²⁸ la Corte IDH determinó que el marco legal del Estado que meramente otorgaba a los integrantes del pueblo Saramaka (comunidad tribal de Surinam) un privilegio para usar la tierra, sin garantizar el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa, incumplía el artículo 2 de la Convención.²²⁹ Estimó necesario que se reconociera a los integrantes del pueblo Saramaka la capacidad para ejercer plenamente estos derechos *de manera colectiva* mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconocieran y tomarán en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Asimismo, determinó que el Estado debía establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de *reconocimiento de su personalidad jurídica*, a través de la realización de *consultas* con el pueblo Saramaka, con pleno *respeto a sus costumbres y tradiciones*, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de *acceso a la justicia e igualdad ante la ley*.²³⁰

En el reciente precedente del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010,²³¹ la Corte IDH reiteró, como

²²⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172

²²⁹ *Ibidem*, párr. 115.

²³⁰ *Ibidem*, párr. 174. Asimismo, véase César Landa y Eduardo Ferrer MacGregor, "Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 41.

²³¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214.

en los otros casos paraguayos citados, que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperasen sus tierras tradicionales; representando un incumplimiento del deber estatal establecido en el artículo 2 de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.²³² En este caso, se estimó que ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, *obstaculizaron e impidieron su concreción*, como lo fue la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la Comunidad, así como su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto.²³³ La Corte IDH determinó que las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, habían mirado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de la Comunidad Xákmok Kásek y la relación especial de sus miembros con el territorio reclamado. El Estado, por ejemplo, ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte de dicho territorio tradicional como reserva natural privada y *la acción de inconstitucionalidad* presentada para remediar tal situación fue inefectiva.²³⁴

Finalmente, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005,²³⁵ la discusión giró en torno a si el estado demandado tenía la legislación adecuada que permitiera a una organización indígena *ejercer sus derechos políticos de forma efectiva*, respetando el

²³² *Ibidem*, párr. 154.

²³³ *Ibidem*, párr. 169.

²³⁴ *Ibidem*, párr. 170.

²³⁵ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127.

principio de igualdad y no discriminación. En dicho caso, la Corte IDH determinó que la obligatoriedad de participar a través de un partido político que se encontraba en la legislación nicaragüense impuesta a los candidatos indígenas propuestos por Yatama, constituía una *imposición de una forma de organización que le era ajena a sus usos, costumbres y tradiciones*, que a la postre afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos de Yatama en las elecciones municipales de 2000. El Tribunal Interamericano consideró que dicha restricción implicaba un *impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido* de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama.²³⁶

A partir de lo anterior, la Corte IDH concluyó que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.²³⁷ Asimismo, encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de dicho país, ya que se vieron afectados por la *discriminación legal* y de hecho impidió su participación en *condiciones de igualdad* en las elecciones municipales de noviembre de 2000.²³⁸

²³⁶ *Ibidem*, párr. 218.

²³⁷ *Ibidem*, párr. 220.

²³⁸ *Ibidem*, párr. 224.

En este importante caso, la Corte IDH estimó que el Estado debía *adoptar todas las medidas necesarias para garantizar* que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua pudieran participar en *condiciones de igualdad* en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que pudieran integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus *valores, usos, costumbres y formas de organización*, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.²³⁹ Todo esto en torno a la obligación de adoptar medidas de derecho interno para esos fines.

En el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte determinó que el Estado era responsable por no haber dispuesto a nivel interno normas que permitiesen la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas en perjuicio de las comunidades afectadas. Si bien, los hechos del caso empezaron en su ejecución con anterioridad a la competencia contenciosa de la Corte, se determinó que, desde la fecha de dicho reconocimiento, el Estado tenía la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras alternativas a favor de los pueblos Kuna y Emberá a fin de garantizar el goce efectivo de las mismas.²⁴⁰

²³⁹ *Ibidem*, párr. 225.

²⁴⁰ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 155. Sobre el caso en particular, también consúltese el voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coautor en el presente comentario.

Recientemente, en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, en la misma línea del caso del Pueblo Saramaka, la Corte constató que resultaba gravoso que aun con motivo de la sentencia del 2007 en la actualidad en Surinam no se reconozca la personalidad jurídica a los pueblos indígenas y en consecuencia carezcan de capacidad para ostentar títulos de propiedad colectivos. Así, en conclusión ya que el ordenamiento interno de Surinam aun no reconoce el ejercicio de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado había violado el artículo 3 de la Convención Americana.²⁴¹

B. *Leyes de Amnistía*²⁴²

Los casos sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, constituyen los asuntos más relevantes relativos a la obligación estatal de adecuar las disposiciones de derecho interno a la normativa internacional.²⁴³

²⁴¹ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 112 y 114.

²⁴² Sobre el tema, véase Jorge Errandonea, Carolina Villadiego, y Carlos M. Pelayo Möller, et al., “Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay (CASO 12.607) Amicus Curiae” 1 de diciembre de 2010, párrs. 133-148. Disponible en: <http://www.cidhhu.uqam.ca/documents/AmicusCuriae.AUT10.prot%C3%A9g%C3%A9.pdf>

²⁴³ En el mismo sentido: CIDH, Informe No. 34/96 Caso Irma Meneses Reyes y otros respecto de Chile, 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, 16 de octubre de 1996.

En el paradigmático *Caso Barrios Altos vs. Perú* de 2001,²⁴⁴ al analizar las leyes de amnistía de ese país, la Corte IDH consideró que resultaban

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, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁴⁵

Lo anterior debido a que este tipo de leyes “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”.²⁴⁶ En ese sentido, la Corte IDH determinó que esas 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”.²⁴⁷ Así, el Tribunal Interamericano estimó que a la luz de las obligaciones los Estados Partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y violaban asimismo los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.²⁴⁸

²⁴⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 41.

²⁴⁶ *Ibidem*, párr. 43.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ *Idem*.

La Corte IIDH igualmente precisó que las leyes de amnistía

carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.²⁴⁹

Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la sentencia de interpretación del mismo caso en donde el mismo Tribunal Interamericano señaló que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales”.²⁵⁰

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006,²⁵¹ la Corte IDH determinó que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”.²⁵² En consecuencia, “los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”.²⁵³

Asimismo, la Corte IDH analizó cuales son los criterios que exige el artículo 2 de la Convención respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr estos fines. Al respecto, identifico que dicha adecuación impone el deber de: (i) suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las

²⁴⁹ *Ibidem*, párr. 44.

²⁵⁰ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83, párr. 18.

²⁵¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.

²⁵² *Ibidem*, párr. 114.

²⁵³ *Idem*.

garantías previstas en la Convención; y (ii) expedir de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁵⁴

Así, el Tribunal Interamericano concluyó que las leyes de amnistía de este tipo constituyen *per se* una violación de la Convención Americana y genera responsabilidad internacional del Estado.²⁵⁵ Afirmó que un Estado viola dicho instrumento internacional cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma y considera indiferente cómo se haya adoptado dicha ley.²⁵⁶ Consideró que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, este hecho no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención. En primer lugar porque dicho precepto impone una *obligación legislativa de suprimir* toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.²⁵⁷

En cuanto a la aplicación de las disposiciones de amnistía en Chile, la Corte IDH dejó en claro que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención podía, a su vez, producir responsabilidad internacional del Estado, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por *actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados.²⁵⁸

²⁵⁴ *Ibidem*, párr. 118.

²⁵⁵ *Ibidem*, párr. 119.

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 120.

²⁵⁷ *Ibidem*, párr. 121.

²⁵⁸ *Ibidem*, párr. 123.

En este caso, a la luz del análisis del artículo 2 de la Convención América surgió la doctrina de *control de convencionalidad*. La Corte IDH, a partir de la obligación derivada de este precepto, estableció que 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.²⁵⁹ Así, la Corte Interamericana determinó que

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.²⁶⁰

En el Caso *La Cantuta vs. Perú* de 2006,²⁶¹ si bien la Corte IDH ya había analizado el contenido y alcances de las leyes de amnistía peruanas declarando que las mismas eran “incompatibles con la Convención Americana... y, en consecuencia, carec[ían] de efectos jurídicos”, la controversia que subsistió en este caso tenía una estrecha relación con las obligaciones del Estado en el marco del artículo 2 de la Convención, la discusión consistió en determinar si esas leyes continuaban surtiendo efectos luego de la declaración general de incompatibilidad hecha por el Tribunal Interamericano en aquel caso.²⁶²

²⁵⁹ *Ibidem*, párr. 124.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162.

²⁶² *Ibidem*, párr. 169.

En el *Caso La Cantuta*, la Corte IIDH precisó que el anterior *Caso Barrios Altos* se había precisado que en Perú dichas leyes de autoamnistía eran *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constitu[ía] *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese aspecto constituyó el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado en el referido *Caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención.²⁶³ Así, la Corte IDH señaló que la aplicación de las leyes de amnistía por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación de la Convención Americana,²⁶⁴ lo que trae como consecuencia el incumpliendo su obligación de adecuar su derecho interno a dicho instrumento en términos de la obligación prevista en su artículo 2, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado.²⁶⁵ De esta forma, el tiempo en que el Estado peruano aplicó esas leyes incurrió en violaciones a la Convención. Sin embargo, la Corte IDH estimó que el Estado peruano no incurrió en violación a la Convención mientras las leyes de amnistía no generaron efectos, expresando de forma categórica que las mismas “no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”.²⁶⁶

En el reciente *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* de 2010,²⁶⁷ la Corte estimó necesario enfatizar

²⁶³ *Ibidem*, párr. 174.

²⁶⁴ *Idem*.

²⁶⁵ *Ibidem*, párr. 189.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219.

que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar 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 8 y 25 de la Convención.²⁶⁸ Igualmente, hizo hincapié que una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar *sin efecto* las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos, puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer *la verdad de los hechos*.²⁶⁹ El Tribunal Interamericano igualmente declaró que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva *de una cuestión formal*, como su origen, sino del *aspecto material* en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, es decir, resulta irrelevante si se trata de una *amnistía o autoamnistía*.²⁷⁰

En el trascendente *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011,²⁷¹ la Corte IDH determinó que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, al infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2; es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuen-

²⁶⁸ *Ibidem*, párr. 173.

²⁶⁹ *Idem*.

²⁷⁰ *Ibidem*, párr. 175.

²⁷¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

temente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes; obstaculizando así el *pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia* en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la *impunidad y la arbitrariedad*, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de *efectos jurídicos*.²⁷²

En dicho caso, la Corte IDH encontró que la obligación de investigar los hechos de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.²⁷³ En este sentido, reconoció que existía una *confluencia de obligaciones concordantes* derivadas de ambos tratados interamericanos.

Un tema de suma importancia que analizó la Corte IDH en el analizado *Caso Gelman* fue el hecho de que la Ley de Caducidad (para cualquier efecto, una Ley de Amnistía) había sido aprobada en un *régimen democrático* y aún ratificada y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones. Para el Tribunal Interamericano, este hecho no le concedió, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.²⁷⁴

La Corte IDH determinó que *la democracia no es absoluta*, ya que está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en trata-

²⁷² *Ibidem*, párr. 226.

²⁷³ *Ibidem*, párr. 233.

²⁷⁴ *Ibidem*, párr. 238.

dos como la Convención Americana; de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto *formales como sustanciales*. De ahí que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.²⁷⁵

En el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú* de 2016 la Corte IDH, realizando un recuento de los casos peruanos en donde se habían analizado las leyes de amnistía peruanas, consideró que la aplicación contraria a la Convención de la Ley de Amnistía No. 26479 impidió la investigación y sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en perjuicio de Rigoberto Tenorio Roca por un lapso de al menos ocho años. Por lo que el Tribunal Interamericano consideró que el Estado incumplió su deber de adecuar su derecho interno a la Convención en el proceso seguido por la desaparición de Tenorio Roca y durante el periodo en que las leyes de amnistía fueron aplicadas en Perú.²⁷⁶

C. La libertad de expresión y acceso a la información

La Corte IDH ha establecido que el deber general del artículo 2 de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas

²⁷⁵ *Ibidem*, párr. 239.

²⁷⁶ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párrs. 218-219.

de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho instrumento, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁷⁷

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, el Tribunal Interamericano ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen *el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole*, así como también *el de recibir y conocer* las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una *dimensión individual* y una *dimensión social*.²⁷⁸ Sin embargo, el propio Tribunal ha señalado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el *ejercicio abusivo* de este derecho. Estas restricciones tienen *carácter excepcional* y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.²⁷⁹

En este apartado se analizará la interacción entre el derecho a buscar, recibir y difundir información y obligación estatal de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con la legislación que la regula o incluso de la legislación que no existe para garantizar el derecho a la libertad de expresión e incluso de acceso a la información pública.

En el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile* de 2006, mejor conocido como el caso relativo a la película *La última tenta-*

²⁷⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83.

²⁷⁸ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53.

²⁷⁹ *Ibidem*, párr. 54.

ción de Cristo,²⁸⁰ la Corte IDH determinó que el Estado chileno al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico (específicamente en el artículo 19, numeral 12, de su Constitución Política y Decreto Ley número 679), estaba incumpliendo con el deber de adecuar el derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 del Pacto de San José.²⁸¹ A partir de ello, el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado había incumplido los deberes generales de “respetar” y “garantizar” los derechos protegidos por la Convención y de *adecuar* el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos referidos preceptos de la Convención Americana.²⁸²

En el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005,²⁸³ la Corte IDH determinó que a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma *desproporcionada e innecesaria* en una sociedad democrática, privando al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. El Tribunal Interamericano consideró que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones

²⁸⁰ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73. En el mismo sentido puede verse: CIDH, *Caso Alejandra Marcela Matus y Otros* respecto de Chile, Caso 12.142, Informe No. 09/05, 24 de Octubre de 2005.

²⁸¹ *Ibidem*, párr. 89.

²⁸² *Ibidem*, párr. 90.

²⁸³ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.

desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.²⁸⁴ Igualmente la Corte IDH declaró como contrario al artículo 2 de la Convención Americana el tipo penal de “amenaza”, por contener “una descripción que... ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias”. Para la Corte este tipo penal “permitiría... que las conductas anteriormente consideradas como desacato [fueran] penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas”.²⁸⁵ Aunado a lo anterior, la Corte destacó que la tipificación y sanción desproporcionada en el Código de Justicia Militar de Chile por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros no era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana.²⁸⁶

En el *Caso Kimel vs. Argentina* de 2008,²⁸⁷ la Corte IDH resolvió un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección a la honra de los funcionarios públicos.²⁸⁸ Para resolver el caso, la Corte IDH: (i) verificó si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; (ii) estudió si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluó

²⁸⁴ *Ibidem*, párr. 88.

²⁸⁵ *Ibidem*, párr. 92.

²⁸⁶ *Ibidem*, párr. 93.

²⁸⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, No. 177.

²⁸⁸ *Ibidem*, párr. 51.

la necesidad de tal medida; (iv) analizó la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.²⁸⁹

Respecto al tipo penal de injurias por el cual había sido condenado el señor Kimel, materia directa de estudio del presente apartado, la Corte IDH tomó en cuenta que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, *cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material*. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el *principio de legalidad*. Así, deben formularse en forma *expresa, precisa, taxativa y previa*.²⁹⁰ Al respecto, el Tribunal Interamericano, aceptando el reconocimiento de responsabilidad del Estado, detectó la falta de precisión suficiente en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, lo que derivó en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana.²⁹¹

En el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* de 2009,²⁹² la Corte IDH determinó que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela, que tipificaba el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas, no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni consideraba la existencia del

²⁸⁹ *Ibidem*, párr. 58.

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 63.

²⁹¹ *Ibidem*, párrs. 66-67.

²⁹² Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, No. 207.

dolo; resultando así en una *tipificación vaga y ambigua* en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la Convención y a aquellas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades penales ulteriores. En razón de lo anterior, consideró que la tipificación penal correspondiente al citado precepto del Código Orgánico de Justicia Militar contravenía los artículos 9, 13.1 y 13.2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.²⁹³

En el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* de 2006,²⁹⁴ que constituye el *leading case* sobre el *derecho de acceso a información pública*, la Corte IDH determinó que de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en el Pacto de San José; lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Para el Tribunal Interamericano, en dicho caso, implicaba que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención Americana, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.²⁹⁵ Así se determinó que el Estado chileno no cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Convención Americana de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para garantizar el

²⁹³ *Ibidem*, párrs. 57 y 58.

²⁹⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.

²⁹⁵ *Ibidem*, párr. 101.

derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.²⁹⁶

D. *El derecho del inculpado a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior en materia penal*

El artículo 8.2.h) de la Convención Americana dispone que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.²⁹⁷

Al respecto, la jurisprudencia la Corte IDH ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger *el derecho de defensa*, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contienen errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.²⁹⁸ Así, para el Tribunal Interamericano, la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al

²⁹⁶ *Ibidem*, párr. 102.

²⁹⁷ La Comisión Interamericana también ha recomendado la adecuación del ordenamiento interno ante la imposibilidad de la víctima a recurrir el fallo en sede interna. Véase al respecto: CIDH, Caso Villalobos y otros respecto de Costa Rica Casos 9328, 9329, 9742, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, Informe No. 24/9, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc., 1993. CIDH. Caso Luis Godoy respecto de Argentina, Informe de Fondo 66/12, 29 de marzo de 2012. CIDH, Caso 11.137 Juan Carlos Abella respecto de Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²⁹⁸ Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, párr. 88.

acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.²⁹⁹

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer *fueros especiales* para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.³⁰⁰ En este sentido, se ha considerado que una violación a este precepto constituye un incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de 2004, los *recursos de casación* presentados en contra de una sentencia en materia penal no satisficieron el requisito de ser un *recurso amplio* de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación contra la sentencia condenatoria, no satisficieran los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen

²⁹⁹ *Ibidem*, párr. 89.

³⁰⁰ *Ibidem*, párr. 90.

integral sino limitado.³⁰¹ Así, el Tribunal Interamericano declaró que el Estado costarricense violó el artículo 8.2.h) de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.³⁰²

De igual forma, en el Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* de 2009, determinó que el Estado demandado violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que en dicho asunto la condena objeto del litigio provino de un tribunal que conoció el caso *en única instancia* y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, *de la posibilidad de impugnar el fallo*.³⁰³

En el caso *Mendoza vs. Argentina* la Corte analizó lo pertinente al Fallo Casal en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adecuó el recurso de casación penal a los estándares interamericanos. En dicho fallo, la Corte Suprema indicó que los artículos 8.2.h) de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, exigen la revisión de toda cuestión de hecho y de derecho, por lo tanto, todo error que pudiera tener el fallo sería materia de recurso. El Tribunal Interamericano valoró positivamente el fallo Casal, en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana. Así, la Corte consideró que los jueces en Argentina debían seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de la propia Corte. Sin embargo, el Tribunal Interame-

³⁰¹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párr. 167.

³⁰² *Ibidem*, párr. 168.

³⁰³ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206, párr. 91.

ricano consideró que, aún ejerciendo los jueces un control de convencionalidad, era necesario, dentro de un plazo razonable, adecuar el ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros interamericanos en la materia.³⁰⁴

En similar sentido, en el caso *Mohamed vs. Argentina*, la Corte determinó que los hechos de ese caso implicaban una relación necesaria entre el derecho a recurrir el fallo condenatorio que asistía al señor Mohamed y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar tal derecho.³⁰⁵ El Tribunal determinó que los recursos a que tuvo acceso el señor Mohamed según la normativa vigente en aquel momento en Argentina, esto es el recurso extraordinario federal y el de queja, no garantizaron este derecho. Por consiguiente, la Corte concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir el fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida en el artículo 8.2.h).³⁰⁶

Más recientemente, en el Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, la Corte constató que al momento en que el señor Alibux fue sentenciado en única instancia por tres jueces del tribunal de mayor jerarquía dentro del sistema judicial de ese país por delitos en el ejercicio de sus funciones el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio para recurrir la sentencia

³⁰⁴ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrs. 240-261 y 301-303.

³⁰⁵ Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 114.

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 116.

condenatoria dictada en su contra, lo cual vulneró el derecho a recurrir el fallo consagrado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana.³⁰⁷

E. *Pena de muerte*

En los casos de pena de muerte que la Corte IDH ha conocido, en general, se ha determinado la existencia de *violaciones procesales y de legalidad* íntimamente relacionadas con el incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Así por ejemplo, en el primer caso de pena de muerte conocido por el Tribunal Interamericano, se determinó que la legislación de Trinidad y Tobago en materia penal incumplía lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Americana al prever la pena de muerte *de forma automática y genérica*, sin determinar el grado de culpabilidad en un proceso en el que no estaba previsto que fuera llevado en un plazo razonable.³⁰⁸

En los casos guatemaltecos de pena de muerte de 2005, *Caso Fermín Ramírez*³⁰⁹ y *Caso Raxcacó Reyes*,³¹⁰ en general, las controversias giraron en torno a las falencias en la tipificación de los delitos por medio de los cuales los condenados

³⁰⁷ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párrs. 100 a 111.

³⁰⁸ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94, párrs. 118 y 152. Igual puede verse en el mismo sentido: CIDH, Informe de Fondo No. 68/06, Caso 12.477, Lorenzo Enrique Copello Castillo y otros (Cuba), 21 de octubre de 2006.

³⁰⁹ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, párrs. 81, 90 a 98, 105 a 110.

³¹⁰ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133, párrs. 54 a 90.

fueron sentenciados a muerte; la dificultad de interponer un recurso para solicitar *indulto o conmutación de la pena*; la ampliación del catálogo de delitos en los cuales se imponía la pena de muerte; y la imposición de la pena de muerte de forma obligatoria.³¹¹ Por su parte, en los Casos *Boyce* (2007)³¹² y *Dacosta Cadogan* (2009),³¹³ en contra de Barbados, la Corte IDH declaró que la Sección 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona, que impone la pena de muerte y la Sección 26 de la Constitución de Barbados, que impide impugnar la sección antes aludida de la Ley, resultaban contrarias a la Convención Americana.³¹⁴

F. Fuero militar y sus variantes

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha conocido desde sus primeros años los problemas inherentes a la *aplicación del fuero militar* en casos que versan sobre violaciones de derechos humanos.³¹⁵ Por una parte, se encuentran los casos en donde la legislación ha permitido que se *juzgue a civiles por tribunales militares*. Por otra parte, la Corte IDH también ha

³¹¹ *Ibidem*, párrs. 54 a 90.

³¹² Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169.

³¹³ Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C, No. 204

³¹⁴ *Cfr. Caso Boyce, op. cit.*, párrs. 72 y 74; *Caso Dacosta Cadogan, op. cit.*, párrs. 68 a 75.

³¹⁵ Un interesante análisis del desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de fuero militar, puede verse en el “Prólogo” de Diego García Sayán, a la obra de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. XIX-XXXIV. En el mismo sentido: CIDH, *Caso Manoel Leal de Oliveira respecto de Brasil*, Caso 12.308, Informe No.37/10, 17 de marzo de 2010.

conocido de casos en donde *personal militar y policial ha sido procesado por tribunales castrenses* en casos que implican la violación de derechos humanos. En este tipo de circunstancias, las *víctimas* de dichas violaciones a derechos humanos son las que han llevado a cabo las acciones pertinentes para combatir la competencia de dichas instancias.

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares sino por el *fuero común*.³¹⁶ Igualmente, se ha determinado que los tribunales militares al juzgar a civiles no cumplen los requisitos de *independencia, imparcialidad*, ni constituyen, para efectos de la Convención Americana, el *juez natural* para juzgar ese tipo de asuntos.³¹⁷

La Corte IDH ha sostenido de forma constante que las instancias jurisdiccionales militares no son las indicadas para juzgar presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por personal policial o militar; esto, debido a que los tribunales castrenses se encuentran insertados dentro de estructuras jerarquizadas que no son independientes ni imparciales. Asimismo, ha determinado que en este tipo de casos la investigación y sanción a los responsables debe recaer *desde un principio en la justicia ordinaria*, ya que es el juez ordinario, el *juez natural* para este tipo de casos.³¹⁸

Son en los cuatro casos mexicanos en esta materia, sin duda, en donde la jurisprudencia de la Corte IDH muestra su

³¹⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33, párr. 60.

³¹⁷ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párrs. 130 y 161.

³¹⁸ Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 90, párr. 53.

plena consolidación.³¹⁹ En dichos casos, el Tribunal Interamericano determinó que en un un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un *alcance restrictivo y excepcional* y estar encaminada a la protección de *intereses jurídicos especiales*, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Para la Corte IDH el *fuero militar* sólo debe juzgar a *militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*.³²⁰ El Tribunal Interamericano determinó que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde *siempre a la justicia ordinaria*. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.³²¹ De tal forma que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.³²²

Un aspecto de suma relevancia considerado por la Corte IDH sobre el particular, consistió en determinar que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción

³¹⁹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

³²⁰ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, op. ult. cit., párr. 272.

³²¹ *Ibidem*, párr. 273.

³²² *Ibidem*, párr. 274.

no solamente respecto del imputado (el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad), *sino también sobre la víctima civil*, quien tiene derecho a participar en el proceso penal *no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia*. En tal sentido, precisó el propio Tribunal Interamericano, que las víctimas de violaciones a derechos humanos *y sus familiares* tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un *tribunal competente*, de conformidad con el *debido proceso y el acceso a la justicia*. La importancia del *sujeto pasivo* trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran *involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario*.³²³

En consecuencia, en los *Casos Rosendo Radilla (2009)*,³²⁴ *Inés Fernández*³²⁵ *y Valentina Rosendo (2010)*,³²⁶ la Corte IDH consideró que la disposición contenida en el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar,³²⁷ incumple la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

En el mismo tenor, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, también contra México, conocido como el caso de los “Campe-

³²³ *Ibidem*, párr. 275.

³²⁴ *Cfr.* resolutivos 6 y 10 del fallo.

³²⁵ *Cfr.* resolutivos 7 y 13 del fallo.

³²⁶ *Cfr.* resolutivos 6 y 12 del fallo.

³²⁷ El Código de Justicia Militar vigente fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de agosto de 1933 y dicho precepto señala: “Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar: II. los de orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

sinos Ecologistas”, la Corte IDH además de reiterar el criterio anterior sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar,³²⁸ también determinó que los *tratos crueles, inhumanos y degradantes* cometidos en contra de una persona por parte de personal militar, *son actos que no guardan, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense*. Por el contrario, los actos cometidos por personal militar en perjuicio de las víctimas, afectan bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana. En ese sentido, resulta claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección a los derechos humanos y, por lo tanto, *está excluida de la competencia de la jurisdicción militar*.³²⁹

Respecto al artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte reiteró su criterio en el sentido de que “es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado”.³³⁰ Asimismo, el Tribunal Interamericano precisó que en todo caso jurisdicción militar no es el fuero competente ni siquiera para investigar violaciones a derechos humanos, siendo la justicia ordinaria la competente para hacerlo *en todos los casos no solo limitando su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual*. En consecuencia, para la Corte IDH, el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos

³²⁸ Cfr. resolutivos 8 y 15 del fallo.

³²⁹ Cfr. párr. 199.

³³⁰ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 205.

que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.³³¹

Recientemente en el caso *Valencia Hinojosa* la Corte IDH se refirió a la *jurisdicción policial* que en Ecuador se encontró vigente antes de la actual Constitución de 2008. De esta forma, la Corte IDH consideró que la naturaleza jurídica de la policía y de las fuerzas militares podrían ser consideradas diferentes en razón de sus funciones por lo que en el caso, el Tribunal Interamericano analizó la compatibilidad de la jurisdicción penal policial con la Convención Americana, sin “homologarla” a la jurisdicción militar.³³² Bajo dicho régimen, determinó el Tribunal, que no se ofrecían garantías de independencia e imparcialidad por lo que el Estado había incumplido su obligación de adecuar su normativa interna para proveer un recurso judicial efectivo para la investigación del asesinato del señor Valencia Hinojosa.

G. Derecho laboral

En el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 2001,³³³ el Estado panameño incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 al destituir arbitrariamente de sus cargos a doscientos setenta empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales. Dicho despido se dio a partir de la emisión y aplicación de la Ley 25, a la cual se le dio efecto retroactivo. Para la Corte IDH dicha aplicación fue violatoria de preceptos convencionales y reveló que el Estado no

³³¹ *Ibidem*, párr. 206.

³³² *Cfr.* Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 89 y 118.

³³³ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72.

había tomado las medidas adecuadas de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. El Tribunal Interamericano, asimismo, señaló que los Estados, *al emitir una ley*, deben *cuidar de que se ajuste a la normativa internacional* de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea Parte.³³⁴

En el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* de 2003, la Corte IDH determinó que el Estado peruano, al haberse *abstenido de adoptar por un largo periodo de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales* y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (en el caso particular el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado.³³⁵

En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 2006,³³⁶ la Corte IDH concluyó que el Estado había violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las víctimas del caso.³³⁷ El artículo 9 del Decreto Ley No. 2564, la normativa aplicada a las personas cesadas, prohibía expresamente la posibilidad de presentar la *acción de amparo* contra los efectos del mismo,³³⁸ viéndose las víctimas impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren

³³⁴ *Ibidem*, párrs. 183-184.

³³⁵ Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, párrs. 167-168.

³³⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C, No. 158.

³³⁷ *Ibidem*, párr. 132.

³³⁸ *Ibidem*, párr. 117.

perjudicial a sus intereses.³³⁹ Esta situación, de que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación, para la Corte IDH no puede ser considerada en una sociedad democrática como una *limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia* de los destinatarios de esa normativa.³⁴⁰

En sentido similar, en el caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala* la Corte determinó que la normativa interna debe contar con certeza y claridad respecto a los recursos idóneos que pueden presentar los juzgadores ante una destitución. Para el Tribunal Interamericano dicho recurso debe ser sencillo y efectivo.³⁴¹

H. Estabilidad e inamovilidad de jueces

Entre 2008 hasta 2011, la Corte IDH conoció de tres casos que tienen que ver con la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela. Todos los casos tienen como común denominador el hecho de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999. En los mismos, el Tribunal Interamericano ha encontrado *violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno* por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la *omisión legislativa* para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta la *ausencia de garantías de inamovilidad* que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente.

³³⁹ *Ibidem*, párr. 119.

³⁴⁰ *Idem*, párr. 119.

³⁴¹ Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 120.

En el *Caso Apitz Barbera y otros* de 2009,³⁴² que versó sobre la destitución de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, la Corte IDH analizó, entre otras, dos cuestiones legales que marcaron en definitiva los hechos del caso. Por una parte, analizó el hecho de que la legislación vigente no permitiera que los jueces que destituyeron a las víctimas del caso (los jueces de la Corte Primera) pudieran ser *recusables* y, por otra, *la falta de expedición del Código de Ética* previsto por la Ley aplicable que pudiera otorgar al órgano encargado de destituir a los jueces administrativos las suficientes garantías de independencia. En ambos supuestos la Corte IDH indicó que dichas situaciones incumplían lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Americana.³⁴³

En la misma línea, los hechos del *Caso Reverón Trujillo*, también de 2009 contra Venezuela,³⁴⁴ versó sobre la destitución arbitraria de la jueza María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en 2002. Posteriormente, en 2004, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, *pero no ordenó la restitución de la víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir*.

En este asunto, la Corte IDH analizó de nuevo el régimen de transición del Poder Judicial en Venezuela. En su análisis determinó que en los hechos, la aplicación de dicho régimen se había mostrado *inefectiva* para cumplir con su fin propuesto: el

³⁴² Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182.

³⁴³ *Ibidem*, párrs. 54 a 67 y 109 a 148.

³⁴⁴ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo* vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, No. 197.

fortalecimiento del Poder Judicial en ese país. En primer lugar, porque el régimen se había extendido por cerca de diez años en el momento en el que la Corte IDH dictó Sentencia.³⁴⁵ En segundo lugar, porque a pesar de ser una obligación de acuerdo a las leyes venezolanas y de acuerdo con lo decidido en el referido Caso *Apitz*, no se había acreditado la adopción del Código de Ética.³⁴⁶ Y en tercer lugar, porque el Poder Judicial tenía al momento en que se dictó sentencia, un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40%, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del caso alcanzó el 80%.³⁴⁷ Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial resultó particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrecía a dichos jueces la *garantía de inamovilidad*.³⁴⁸

Al respecto, la Corte señaló que la *inamovilidad* es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual.³⁴⁹ En este caso, el Tribunal Interamericano observó que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, *sin la realización de concursos públicos de oposición*, y muchos de éstos habían sido titularizados a través del “Programa Especial para la Regularización de la Titularidad”.³⁵⁰ Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas que no formaban parte del Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad *de competir* con los jueces *provisorios* para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente, como la señora

³⁴⁵ *Ibidem*, párr. 119.

³⁴⁶ *Ibidem*, párr. 120.

³⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 103-104.

³⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 101, 102 y 113.

³⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 75-79 y 114.

³⁵⁰ *Ibidem*, párr. 121.

Reverón, según los propios tribunales venezolanos, de forma irregular. La Corte IDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición.³⁵¹

En el *Caso Reverón*, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso interno intentado no resultó *efectivo*. Finalmente, la conclusión a la que la Corte IDH llegó fue en el sentido de que algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial que se viene implementando en Venezuela provoca *una afectación muy alta a la independencia judicial* en ese país.³⁵²

Otro caso que ha conocido la Corte IDH relacionado con este tema es el *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela* de 2011.³⁵³ El asunto versó sobre la destitución de la señora Mercedes Chocrón Chocrón del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, también en Venezuela.

³⁵¹ *Idem*.

³⁵² *Ibidem*, párr. 127.

³⁵³ Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, No. 227.

En dicho caso, el Tribunal Interamericano notó que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución de ese país estableció que la legislación referida al Sistema Judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente.³⁵⁴

Para la Corte IDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de *libre remoción de los jueces provisorios y temporales*, a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de *estabilidad*.³⁵⁵

Así, la Corte IDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2 en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.³⁵⁶

En fechas recientes, la Corte reiteró su jurisprudencia en la materia en el caso *López Lone y otros vs. Honduras* y expresó que la omisión del Estado de armonizar su normativa interna generó una situación de incertidumbre en cuanto al procedimiento y a los órganos competentes para decidir los procesos disciplinarios seguidos a las presuntas víctimas. Además, estimó que la consecuente aplicación a las presuntas víctimas de un procedimiento que no estaba establecido en la ley, sino que

³⁵⁴ *Ibidem*, párr. 141.

³⁵⁵ *Idem*.

³⁵⁶ *Ibidem*, párr. 142.

era el resultado de una combinación de los procedimientos previstos normativamente, debido en parte a esta omisión legislativa, afectó la seguridad jurídica y los derechos de las presuntas víctimas al momento de determinarse sanciones disciplinarias en su contra. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte concluyó que el sometimiento de las víctimas en este caso a procedimientos y órganos disciplinarios no establecidos por la ley constituyó una violación al artículo 8 en relación al artículo 2 de la Convención Americana.³⁵⁷

5. LAS OBLIGACIONES SIMILARES EN OTROS TRATADOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS QUE COMPLEMENTAN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 2 DE LA CADH

A la par de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Sistema Interamericano cuenta con una serie de tratados y convenciones que *complementan y especifican* las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados, encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

Así, encontramos disposiciones similares a la contenida en el artículo 2 de la Convención Americana. En efecto, preceptos similares se encuentran en el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”;³⁵⁸ el artículo 6 de la Convención In-

³⁵⁷ Corte IDH, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 215.

³⁵⁸ El artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” referido a la “Obligación de Adoptar Disposi-

teramericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;³⁵⁹ el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;³⁶⁰ el artículo 7c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Bélem do Pará”,³⁶¹ y finalmente, el artículo III

ciones de Derecho Interno” dispone que: “Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

³⁵⁹ El artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

³⁶⁰ El artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona”.

³⁶¹ El artículo 7c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Bélem do Pará” dispone que: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

...

de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.³⁶²

c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

³⁶² El artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone que:

“Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

Sin embargo, los principales órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión y la Corte) no tienen competencia para conocer de todos estos tratados en el sistema de peticiones individuales y, en caso de tener competencia, no siempre la misma abarca todas las disposiciones.³⁶³ Precisado lo anterior, habría que decir que en torno a estas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido especialmente prolífica en torno a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además, en el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, aplicó la disposición el artículo 7c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Bélem do Pará".³⁶⁴

El que hasta el momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya desarrollado estos preceptos de forma particular no implica que en el futuro la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueda conocer disposiciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano según la misma determinación de su competencia que eventualmente realice.

En cuanto a la disposición contenida en el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cabe decir que la misma ha sido aplicada en el conocimiento de varios casos ante la Corte IDH. Al respecto, en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008,³⁶⁵ determinó que el artículo 6

³⁶³ Sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consúltese: Pelayo Möller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011, 79 pp.

³⁶⁴ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párrs. 287-389.

³⁶⁵ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186.

referido establece la obligación según la cual los Estados Partes deben asegurar que “todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”. Asimismo, el artículo 8 de la misma Convención, según la Corte IDH, que

cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Todo lo anterior se relaciona con la obligación general de “prevenir y... sancionar la tortura”, contenida en el artículo 1 de dicha Convención.³⁶⁶ En dicho caso, la Corte IDH encontró que el Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipificaba de manera específica el delito de tortura.³⁶⁷ De lo anterior determinó que el Estado incumplió con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.³⁶⁸

Por su parte, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la obligación de tipificar, conforme a lo dispuesto en la misma Convención, el delito de desaparición forzada de personas. Al respecto, en una gran cantidad de casos el Tribunal Interamericano ha determinado el incumplimiento de esta obligación específica emanada de este tratado. Entre los casos en los que la Corte IDH ha lle-

³⁶⁶ *Ibidem*, párr. 213.

³⁶⁷ *Ibidem*, párr. 214.

³⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 215-216.

gado a esa determinación, se encuentran los casos *Gómez Palomino vs. Perú* (2005),³⁶⁹ *Blanco Romero y otros vs. Venezuela* (2005),³⁷⁰ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008),³⁷¹ *Anzualdo Castro vs. Perú* (2009),³⁷² *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (2009),³⁷³ *Gelman vs. Uruguay* (2011)³⁷⁴ y *Tenorio Roca vs. Perú* (2016)³⁷⁵ y, en consecuencia, ha ordenado *medidas de reparación* tendentes a corregir dichas situaciones.

³⁶⁹ Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136, párrs. 91-110.

³⁷⁰ Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, No. 138, párr. 58.

³⁷¹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186, párrs. 187, 195, 197, 200, 207 y 209.

³⁷² Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C, No. 202, párrs. 165-167 y 191.

³⁷³ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párrs. 315 a 324. Sobre el tema consúltese también, Pelayo Möller, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-IIJ, vol. XII, 2012.

³⁷⁴ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221, párrs. 237 a 241 y 246.

³⁷⁵ Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párrs. 231-233.

IV. LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CADH COMO FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL RESPETO Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS

A. *El origen del concepto y de la doctrina del “Control de Convencionalidad”*

En un principio, el término “control de convencionalidad” fue utilizado de forma aislada en varios de los votos del juez Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto... verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención... deb[iendo] explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso”. En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.³⁷⁶

³⁷⁶ Corte IDH, voto del Juez Sergio García Ramírez en el Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párr. 30. Véanse, en general, los valiosos votos

Bajo esta concepción, en realidad no había nada nuevo bajo el sol, al realizar la Corte IDH un control “concentrado” de convencionalidad;³⁷⁷ si bien fue un paso importante al incorporar el *nomen iuris* de este control. Lo novedoso vendría después, para pasar al control “difuso” de convencionalidad, desplazando esta función a todos los jueces nacionales, de tal forma que se configurara un control judicial interno de convencionalidad.³⁷⁸

Pronto, esta doctrina del “control de convencionalidad” permearía del ámbito internacional al ámbito nacional. El *leading case* es *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006.³⁷⁹ Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado. De este fallo destacan los párrafos 123 a 125 que contienen la esencia de la doctrina:

concurrentes de Sergio García Ramírez, en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 6 y 12.

³⁷⁷ Ernesto Rey Cantor advierte sobre una primera y segunda etapa de este rol de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, antes del *leading case* del Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Véase su ensayo “Controles de convencionalidad de las leyes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Tomo X: “Derechos humanos y tribunales internacionales”, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, pp. 225-262.

³⁷⁸ *Cfr.* “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, *op. cit.*, pp. 211-243.

³⁷⁹ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 123-125.

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, *el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma* y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, *según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*³⁸⁰

124. 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 Huma-*

³⁸⁰ Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147, párr. 140.

nos. 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 (énfasis añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.³⁸¹

Posteriormente, la Corte IDH aclaró su doctrina para establecer que este tipo de control debe ejercerse *ex officio* sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.³⁸² Esta doctrina fue confirmada en los años siguientes y desarrollada a manera de un “vals a tres tiempos” como lo expresa Bourgorgue-Larsen.³⁸³

³⁸¹ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, op. cit., párrs. 123-125.

³⁸² *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, op. cit., párr. 128.

³⁸³ Según la profesora de la Universidad de *La Sorbonne* de París, experta en el sistema interamericano, la doctrina del control de convencionalidad se ha venido desarrollando en tres momentos: “El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia *Almonacid Arellano*; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso* de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias *Heliodoro Portugal*, *Radilla Pacheco*, entre otras). El tercer tiempo consistió ni más ni menos en ‘teorizarla’ en el marco del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010”. Cfr. Laurence Bourgorgue-Larsen, “La erradicación de la impunidad: claves para decifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 33-62, en p. 38, véanse especialmente las pp. 38-43.

A partir de 2010, se sustituye las expresiones relativas al “Poder Judicial” para hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”,³⁸⁴ deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.³⁸⁵ De ahí que no queda la menor duda de que también los tribunales y salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer dicho control, lo que constituye un reto para que apliquen cotidianamente el *corpus iuris interamericano* y superen la tradicional concepción de la supremacía constitucional.³⁸⁶

Esta consideración de ejercer este tipo de control por *todos los órganos de los Estados* se entiende no sólo a los “jueces” y

³⁸⁴ La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los 24 países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los 21 Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de 35 países que conforman la OEA. Lo cual nos lleva a que este “control de convencionalidad” a nivel internacional, a nivel nacional se configura como un “control difuso de la convencionalidad”. Cfr. Corte IDH, voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrs. 19-21.

³⁸⁵ Corte IDH, *ibidem*, párr. 18.

³⁸⁶ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano* por los tribunales nacionales, es especial, para los tribunales constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 331-389.

“órganos vinculados a la administración de justicia”, sino también a las “autoridades administrativas”, por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Lo anterior ha quedado claro en el *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011), asunto donde se abordó el complejo tema de los límites a las reglas de mayorías en instancias democráticas, estableciendo la Corte IDH que también debe primar “control de convencionalidad” al constituir una “función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial”.³⁸⁷ De ahí que este tipo de control sea considerado como de carácter “difuso”,³⁸⁸ existiendo diversos grados de intensidad y realización dependiendo de las competencias de cada autoridad.³⁸⁹

La primera ocasión que la Corte Interamericana definió el concepto “control de convencionalidad”, fue precisamente en la *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay* (2013) y se refirió a éste como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”.³⁹⁰ Además, en esta supervisión de cumplimiento la Corte precisó que el control de convencionalidad tiene dos facetas: una que consiste en una

³⁸⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 239.

³⁸⁸ Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

³⁸⁹ Sobre los diversos grados de intensidad del control de convencionalidad, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IJ, 2011, especialmente en pp. 343-344 y 386-390.

³⁹⁰ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65.

obligación que debe cumplirse a partir de una cosa juzgada internacional (*res judicata*) y otra como una “*norma convencional interpretada*” (*res interpretata*).

La primera de ellas se manifiesta cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana. En este supuesto el Estado consecuentemente todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del Tratado. Asimismo, las sentencias de la Corte Interamericana no deben verse afectadas por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento total o parcial. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional (*res judicata*), en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia dictada.³⁹¹

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en

³⁹¹ Corte IDH, *ibidem*, párr. 68.

cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa interpretada internacional (*res interpretata*).³⁹²

Recientemente, el control de convencionalidad, como mecanismo de respeto y garantía, amplió el margen de aplicación no sólo sobre los casos contenciosos de la Corte Interamericana, sino ahora también sobre las Opiniones Consultivas. De esta forma, en la Opinión Consultiva No. 21 el Tribunal Interamericano estimó necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también tomen en cuenta lo señalado por el Tribunal en el ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.³⁹³ Además, en la Opinión Consultiva No. 22, la Corte IDH refirió que las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo.³⁹⁴

³⁹² Corte IDH, *ibidem*, párr. 68.

³⁹³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *op. cit.*, párr. 31.

³⁹⁴ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 26.

B. *La relación del control de convencionalidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos*

Las obligación general de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y la obligación de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de tales derechos a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.1, implica que los poderes del Estado, en su conjunto, deben cumplir con lo establecido en este tratado internacional. El control de convencionalidad constituye, en este sentido, un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la Convención y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, intérprete último del Pacto de San José.

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH. En esta labor, el “control difuso de convencionalidad” es una herramienta útil para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al Pacto de San José y del *corpus juris* interamericano; incluso a *no aplicar* aquéllas que contravengan de manera absoluta la Convención, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.³⁹⁵ Esto implica que los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben *irradiar* su protección no sólo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

³⁹⁵ Corte IDH, voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 61.

sino también a nivel nacional. De ahí que se hable de un “pluralismo constitucional”³⁹⁶ que lleva necesariamente al “diálogo jurisprudencial”;³⁹⁷ teniendo en Europa una complejidad mayor por la interacción entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.³⁹⁸

2. EL ARTÍCULO 2 DE LA CADH COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A poco más de un lustro de la creación de la doctrina del “control de convencionalidad” en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006,³⁹⁹ se advierte que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en fundamentar este control en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Cfr. Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, 2012 (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 52).

³⁹⁷ *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que editan conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006.

³⁹⁸ Si bien los conceptos de control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, se encuentran estrechamente vinculados, existen divergencias fundamentales en América Latina y Europa. Para una aproximación de estos conceptos, véanse los trabajos contenidos en la obra: Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

³⁹⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, particularmente párrs. 123-126.

⁴⁰⁰ Además se ha considerado el artículo 29 del Pacto de San José. Cfr. voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot que se acompaña a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso

Desde la *Opinión Consultiva 14/94*, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,⁴⁰¹ relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, se consideró que *la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias* para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violarlos; y también a *adecuar la normatividad inconvencional* existente. Se consideró que lo anterior se fundamenta en un *principio general del derecho internacional*, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de *buena fe*, de tal manera que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Este principio ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26⁴⁰² y 27⁴⁰³ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010; especialmente el apartado “III. C. Caracterización del “control difuso de convencionalidad” a la luz de su desarrollo jurisprudencial” y especialmente el epígrafe “III. C. d) y f) *Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (pp. 20-22 del voto).

⁴⁰¹ *Cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14.

⁴⁰² “Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁴⁰³ “Artículo 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

De manera específica sobre el artículo 2 del Pacto de San José como fundamento del control de convencionalidad, el Tribunal Interamericano ha considerado que:⁴⁰⁴

179. En relación con la obligación general de *adecuar la normativa interna a la Convención*, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”.⁴⁰⁵ En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos,⁴⁰⁶ lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Párrs. 179-180, Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186.

⁴⁰⁵ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, No. 39, párr. 68; Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C. No. 166, párr. 55, y Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 170.

⁴⁰⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73, párr. 87; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 171; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C. No. 166, párr. 56.

⁴⁰⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74, párr. 171; y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C. No. 166, párr. 56.

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁴⁰⁸ Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.⁴⁰⁹

En este sentido, cuando el artículo 2 de la Convención Americana refiere al compromiso de los Estados Partes para adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, debe entenderse como la obligación de *todas las autoridades*, dentro

⁴⁰⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 118; y Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, No. 179, párr. 122.

⁴⁰⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124; y Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169, párr. 113.

de sus respectivas competencias, de asegurar la efectividad de los derechos.

La expresión “o de otro carácter” implica cualquier medida eficaz para tales propósitos, como pueden ser “interpretaciones conformes” de la normatividad nacional con el Pacto de San José o incluso *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional. De ahí que el parámetro para ejercer el control de convencionalidad sea precisamente la Convención Americana (y en general el *corpus iuris* interamericano), comprendiendo también “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁴¹⁰

Esto implica que en realidad este tipo de control sea de carácter *difuso*, al tener la obligación de ejercerlo *todas las autoridades*, como claramente se estableció en el Caso *Gelman vs. Uruguay* de 2011, al constituir una “función y tarea de *cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial”,⁴¹¹ lo que genera un auténtico “diálogo” multinivel y propicia una “viva interacción”,⁴¹² especialmente entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

Por supuesto, son los altos órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales, salas y cortes constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que

⁴¹⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124.

⁴¹¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 239.

⁴¹² *Cfr.* Diego García-Sayán, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

mantendrán un mayor grado de intensidad en el “diálogo jurisprudencial” con la Corte IDH,⁴¹³ a través del ejercicio o revisión, en su caso, del *control difuso de convencionalidad*.⁴¹⁴

En todo caso, como apunta García Ramírez: “el control de convencionalidad, *desplegado con seriedad, competencia y acierto*, favorece y fertiliza el *diálogo jurisprudencial* (o bien, jurisdiccional) interno e internacional, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público”,⁴¹⁵ lo que poco a poco está conduciendo a un *ius constitutionale commune* en América Latina.⁴¹⁶

⁴¹³ Cfr. Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, con muy interesante pról. de Javier García Roca, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

⁴¹⁴ Sobre esta dimensión, véanse los trabajos contenidos en la obra colectiva, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

⁴¹⁵ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 211-243, en pp. 215-216.

⁴¹⁶ Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

REFLEXIONES FINALES

Como hemos tratado de evidenciar a lo largo del presente estudio, las *obligaciones generales* de respeto y garantía y la obligación de adecuación del derecho interno a que están sometidas todas las autoridades de los Estado Partes de la Convención, han motivado una rica jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, en la que se ha venido desarrollando sus contenidos, alcances y consecuencias.

Así, estas obligaciones han dado lugar a *obligaciones específicas*, como las relativas a *prevenir, investigar y sancionar* cualquier violación a los derechos y libertades reconocidos por el propio Pacto de San José, así como a *restablecer* el derecho y a *reparar los daños* ocasionados por tal violación. También se ha venido definiendo el ámbito de aplicación personal, espacial y material de dicho instrumento, así como precisando el *principio de no discriminación* o bien que los Estados tengan que modificar su legislación para hacer acorde la normativa interna –y sus prácticas– con lo señalado e interpretado de las disposiciones del Pacto de San José.

Estas obligaciones se convierten en una fuente esencial de los sistemas de justicia constitucional nacionales debido a la nueva doctrina del “control de convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades dentro del marco de sus atribuciones y competencias. De ahí que estas obligaciones repercuten en el sistema integral de garantías para otorgar efectividad a

los derechos y libertades fundamentales;⁴¹⁷ en el marco de un nuevo derecho común a través de un constitucionalismo transformador.⁴¹⁸

Esperamos confiados que el nuevo “paradigma” se aplique cotidianamente por todas las autoridades de nuestra región (incluidos sus jueces) y así convertir en realidad “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades”.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 211-243, en pp. 215-216.

⁴¹⁸ Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Flavia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, y Ximena Soley (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Jus Commune*, Oxford University Press, 2017.

⁴¹⁹ Como lo establece el artículo 55, inciso c), de la Carta de Naciones Unidas, aprobada al concluir la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional*, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año.

Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en septiembre de 2017 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, Ciudad de México.
La edición consta de 2,000 ejemplares.

ISBN: 978-607-729-356-9



9 786077 293569