

Importación, exportación y consentimiento regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Gerald L. Neuman

Titular de la cátedra J. Sinclair Armstrong de Derecho Internacional, Derecho Extranjero y Derecho Comparado, Harvard Law School (Estados Unidos).

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado un cuerpo significativo de jurisprudencia sobre derechos humanos a través de la interpretación de convenciones regionales de derechos humanos y de la adaptación de precedentes europeos y globales y de soft law global. La Corte Interamericana también ha aspirado a influenciar fuera de su región ofreciendo interpretaciones innovadoras en materia de derechos humanos e identificando normas como *ius cogens*. La metodología de la Corte en los últimos años parece haber dado insuficiente consideración al consentimiento de la comunidad regional de Estados como factor en la interpretación evolutiva de un tratado de derechos humanos. El artículo ilustra y critica esa tendencia, y sostiene que una mayor atención a indicios de consentimiento regional podría mejorar la aceptación y efectividad del sistema interamericano de derechos humanos.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos; jurisprudencia; soft law global; *ius cogens*; consentimiento regional.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights has elaborated a significant body of human rights jurisprudence through interpretation of regional human rights conventions and the adaptation of European and global precedents and global soft law. The Inter-American Court has

1 Nota de la editora: el presente artículo ha sido publicado originalmente en su versión en inglés en *Revista Europea de Derecho Internacional*. 2008. *EJIL*, Vol. 19, N° 1. La RIDH dispone de la autorización expresa del autor para publicar su versión en español, traducido por Gisela Ferrari (abogada por la Universidad Católica Argentina) y Lucía Vázquez Ger (abogada por la Universidad Austral de Argentina).

also aspired to have an influence outside its region by offering innovative interpretations of human rights and by identifying norms as *jus cogens*. The Court's methodology in recent years has appeared to give insufficient consideration to the consent of the regional community of states as a factor in the evolutive interpretation of a human rights treaty. The article illustrates and criticizes that trend, and contends that greater attention to evidence of regional consent could improve the acceptance and effectiveness of the Inter-American human rights system.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; jurisprudence; soft law global; *jus cogens*; regional consent.

Artículo recibido: 05/12/13 Aceptado: 14/02/14

Sumario

1. Introducción
2. El contexto institucional de la Corte Interamericana
3. Interpretación regional de normas de derechos humanos
4. La importación de interpretaciones europeas y globales
5. Tres perspectivas sobre la importación
6. La exportación de interpretaciones interamericanas
7. La exportación de un principio de no discriminación universal
8. Conclusión: revaluando el consentimiento regional
9. Bibliografía

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, se ocupa de la resolución vinculante de reclamos por violaciones de derechos humanos en el marco de una convención regional de derechos humanos. Los obstáculos en la realización de los derechos humanos en América han sido enormes, e incluyen pobreza extrema, sociedades divididas y devastadas por conflictos internos brutales, cortes nacionales débiles, y más recientemente, democracias frágiles. Otros problemas resultan de la participación insuficiente de la Organización de los Estados Americanos, el organismo madre regional.

El presente trabajo cuestiona una característica importante del método con el que ha operado la Corte Interamericana ante dichos problemas. Debido a la carencia de apoyo regional, la Corte ha mirado hacia el exterior, hacia Europa y hacia el discurso global de derechos humanos como principales puntos de referencia para sus interpretaciones de la convención regional. En el proceso, la Corte ha llegado a subestimar el consentimiento de la comunidad pertinente de Estados como factor en la interpretación de un tratado de derechos humanos. Esta negligencia distorsiona la elaboración de normas de derechos humanos por parte de la Corte, y puede dañar la efectividad del sistema regional de derechos humanos.

El trabajo comienza, en primer lugar, dando una breve descripción institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego explora su metodología de interpretación regional. La práctica de importar interpretaciones europeas y globales es demostrada y cuestionada en las partes 4 y 5. Luego, el artículo estudia el esfuerzo de la Corte Interamericana para exportar interpretaciones innovadoras, incluyendo sus determinaciones de *ius cogens*, que obvian completamente el consentimiento de los Estados. Más adelante, el resultado más gráfico de esta metodología –la ambiciosa versión de la Corte de una norma de no discriminación– será examinado y criticado (partes 6 y 7).

2. El contexto institucional de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Interamericana, o simplemente, la Corte) es el órgano judicial creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) para la resolución vinculante de casos contenciosos y para la emisión de opiniones consultivas en materia de derechos humanos bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (Pasqualucci, 2003). La Corte es el equivalente de la Corte Europea de Derechos Humanos, que forma parte del sistema regional del Consejo Europeo. En efecto, los redactores de la CADH modelaron substancialmente a la Corte y a su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de la estructura del sistema europeo de derechos humanos tal como existía en la década de 1960. Sin embargo, algunas variaciones de ese modelo formal son considerables. En primer lugar, la Corte Interamericana posee una jurisdicción consultiva mucho más amplia que la de la Corte Europea². En segundo lugar, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana se refiere principalmente a la aplicación de la propia CADH, pero también se ha extendido a algunos otros tratados regionales de derechos humanos. En tercer lugar, la Corte Interamericana posee mayor autoridad en los casos contenciosos en los que encuentra que ha habido una violación³.

2 La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana bajo el art. 64 de la CADH se extiende no sólo a la interpretación de derechos sustanciales amparados por la Convención en sí misma (un poder de que carece la Corte Europea), sino también a la interpretación de otros tratados de derechos humanos ratificados por los Estados miembros de la OEA. La Corte ha interpretado esta última categoría generosamente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana)*, Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, N° 1, 1982).

3 Art. 63 (1), CADH. La CADH también otorga a la Corte autoridad expresa para ordenar medidas provisionales para la protección de los individuos, un poder que la Corte ejercita en las primeras etapas de casos contenciosos que probablemente nunca sean tratados en cuanto al fondo. art. 63 (2) CADH (Pasqualucci, 2003, 293).

En cuarto lugar, y muy importante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana) se parece sólo en parte a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos. La Comisión es anterior a la adopción de la CADH, y cumple una más amplia gama de funciones de promoción, de monitoreo y cuasi judiciales que la que cumplía la Comisión Europea. La Comisión Interamericana también retiene las responsabilidades cuasi judiciales que poseía con anterioridad a la adopción de la CADH en relación a los miembros de la OEA que no la han ratificado, y los evalúa a la luz de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴.

La Comisión actúa como guardiana del acceso a la Corte en los casos contenciosos. Según la CADH, los casos contenciosos no pueden ser llevados a la Corte sin antes ser revisados por la Comisión⁵. Asimismo, la CADH permite únicamente a los Estados parte y a la Comisión misma remitir un caso de la Comisión a la Corte; los individuos no tienen legitimación

4 El grado en el que la Declaración Americana ha permanecido como un documento de aspiraciones como la Declaración Universal de Derechos Humanos, o se ha convertido en legalmente vinculante por absorción en la Carta de la OEA, es una cuestión discutida, especialmente entre la Comisión Interamericana y los Estados Unidos. La Corte Interamericana coincidió con la Comisión en este punto en *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A, N° 10, 1989. Actualmente, 24 Estados de la OEA son parte en la CADH; 11 (contando a Cuba) no lo son. Trinidad y Tobago fue parte, pero denunció la Convención en 1998.

5 Los casos contenciosos incluyen casos traídos por individuos contra un Estado parte y casos interestatales (aunque estos últimos son extremadamente excepcionales). Según la CADH, los Estados parte deben aceptar la competencia de la Comisión para recibir peticiones de los individuos, pero los Estados parte tienen la opción de aceptar o no la competencia de la Corte. Hasta el momento, la gran mayoría de Estados parte lo han hecho. En contraste, tanto los Estados miembro de la OEA como los órganos de la OEA pueden acudir a la jurisdicción consultiva de la Corte sin recurrir a la Comisión.

para hacerlo. En los últimos años, la Comisión ha adoptado la práctica de remitir casos en los que haya encontrado al menos una violación a la CADH a la Corte, pero conserva la opción de negarse. Las normas de la Comisión no contemplan la remisión de casos en los que no se haya encontrado ninguna violación⁶.

Los primeros años de la Corte fueron afectados por la rivalidad entre ella y la Comisión, y algunos vestigios de competencia aún perduran. La Comisión, ya establecida hacía tiempo, no dio la bienvenida a una nueva Corte que podría poner en peligro su autonomía y socavar su prestigio. Al principio, la Comisión se negaba a remitir casos contenciosos a la Corte, y las actividades de esta se limitaban a emitir opiniones consultivas. Las relaciones mejoraron en la década de 1990, y el número de casos creció modestamente, aunque la Corte a veces rechazaba la interpretación de la Comisión sobre sus propios poderes⁷. La Corte también ha afirmado su independencia estando en desacuerdo con la Comisión en cuestiones de hecho o de derecho sustantivo⁸.

6 Además, los individuos no cuentan con vía a la Corte en la mayoría de los casos en que la Comisión al procesar una petición no llega a una conclusión definitiva.

7 Por ejemplo: Caso *Las Palmeras* (Excepciones preliminares), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 67, 2000, en párr. 34 (que sostiene que la Comisión carece de competencia para aplicar derecho internacional humanitario como tal en casos contenciosos); Caso *Genie Lacayo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 30, 1997, en párr. 93 (que afirma que las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes).

8 Por ejemplo: Caso *Cinco Pensionistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 98, 2003, párr. 146–148 (rechaza el argumento de la Comisión que sostenía que la reducción de pensiones violaba el art. 26 de la CADH); Caso *Castillo Petrucci*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 52, 1999, en párr. 102–103 (rechaza la teoría de la Comisión de que juzgar a nacionales extranjeros por traición violaba el derecho a la nacionalidad de conformidad con el art. 20 CADH); Caso *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 90, 2001, en párr. 47 (considera insuficientes las pruebas de la Comisión de que las fuerzas estatales ejecutaron a una de las presuntas víctimas).

La Corte también ejerce la autoridad de encontrar violaciones diferentes a aquellas alegadas por la Comisión sobre los mismos hechos, formulando sus propias teorías legales en virtud del principio de *iura novit curia*⁹. La Corte ha estado dispuesta a encontrar múltiples violaciones en un mismo caso, aparentemente con el fin de hacer óptimo uso de la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia a pesar de su reducido número de casos¹⁰. (La Corte había emitido pronunciamientos en menos de 100 casos contenciosos hacia fines de 2006¹¹).

La tasa de cumplimiento de medidas correctivas es más baja en el sistema interamericano que en el sistema europeo. Sin embargo, ese hecho es, en parte, reflejo de que la Corte Interamericana tiene poderes

9 Caso *Godínez Cruz*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 5, 1989, en párr. 172; Caso *Masacres de Ituango*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 148, 2006, en párr. 191.

10 Por ejemplo: en el Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, en párr. 128, 131, 134, la Corte consideró que las restricciones para viajar al exterior a un político como consecuencia de una condena por difamación, violaban tanto su derecho de libertad de expresión de conformidad con el art. 13 de la CADH como su derecho a la libertad de movimiento de conformidad con el art. 22; las órdenes impugnadas violaban el art. 22 en varios aspectos, porque carecían de base legal, no eran “necesarias”, y no eran proporcionadas. La Corte no siempre analiza toda violación posible planteada por los hechos. Cuando lo desea, utiliza la típica práctica de la Corte Europea de, una vez hallada una violación, juzgar innecesario el examen de caracterizaciones alternativas de las mismas acciones. Por ejemplo: el Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 137, 2005, en párr. 245 (no hay necesidad de considerar violaciones a derechos de familia bajo el art. 17 cuando la separación y el sufrimiento de la familia fueron tenidos en cuenta al evaluar las condiciones de detención bajo el art. 5).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2006* (2007), p. 71. El mayor número de pronunciamientos de la Corte refleja decisiones en múltiples etapas de algunos casos. La Corte también había emitido 19 opiniones consultivas (Ibíd.).

más amplios para imponer medidas correctivas y que los ejerce con mayor entusiasmo. Dependiendo de las circunstancias, la Corte puede determinar una compensación a las víctimas principales y a los miembros de su familia (que también son víctimas); puede ordenar que se abran nuevos juicios, que se reformen normas, que se realicen actividades promocionales tales como el entrenamiento en derechos humanos, el desarrollo de proyectos para pueblos masacrados, las retractaciones públicas y la conmemoración de víctimas¹². En algunos casos, estas órdenes conmemorativas han sido muy específicas: llamar a un establecimiento educativo con el nombre de las víctimas¹³, o a una calle¹⁴, erigir un monumento¹⁵, o inscribir el nombre de las víctimas en un monumento existente¹⁶. Cuando los restos de víctimas asesinadas son escondidos, la Corte ordena al Estado su búsqueda y devolución para ser enterrados. Muy frecuentemente, la Corte ordena al Estado que investigue la violación, y que identifique y que sancione a los responsables. Recientemente, la Corte ha ordenado a los Estados que busquen la extradición de los altos oficiales de gobierno que han huido de responsabilidad por sus crímenes¹⁷. A lo largo del tiempo, la Corte ha

12 La Corte también ha ordenado a los Estados honrar la memoria de oficiales que fueron asesinados por represalias por investigar la violación: Caso *Comunidad Moiwana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 124, 2005, en párr. 216; Caso *Carpio Nicolle*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 117, 2004, en párr. 137; Caso *Mack Chang*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 101, 2003, en párr. 279.

13 Caso *Villagrán Morales* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 77, 2001; Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, en párr. 236.

14 Caso *Mack Chang*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 101, 2003, en párr. 286.

15 Caso *19 Comerciantes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 109, 2004, en párr. 273.

16 Caso *Prisión de Castro Castro*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 160, 2006, en párr. 454.

17 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006,

alcanzado un éxito substancial en persuadir a los Estados para que paguen las condenas monetarias. Las órdenes reformadoras ambiciosas son menos frecuentemente cumplidas, y los mayores problemas de cumplimiento se relacionan con el castigo de aquellos responsables por las violaciones¹⁸.

La CADH no asigna a ningún órgano político de la OEA el deber de asegurar el cumplimiento de las resoluciones de la Corte, y la Corte ha intentado velar por sí misma la ejecución. Los órganos políticos no ejercen presión sobre determinados Estados para la implementación de las decisiones (Pasqualucci, 2003, 344 y Gómez, 1998, 173, 196 – 197). La falta de apoyo de la OEA en la ejecución va de la mano con la crónica financiación insuficiente de la Corte (Pasqualucci, 2003, 346– 348), que depende de contribuciones voluntarias suplementarias de fuentes tales como algunos Estados miembros individuales, la Unión Europea y el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas¹⁹. En la década pasada, dado que los regímenes formalmente democráticos se han convertido en un patrón para América Latina, la Corte y la Comisión han enfrentado resistencia institucionalizada dentro de la OEA por parte de gobiernos electos disconformes con “la noción de que la Comisión puede pasar su tiempo examinando peticiones individuales sobre temas que no parecen ser tan serios como ejecuciones sumarias, desapariciones, y torturas por razones políticas” (Medina, 1998, 337 – 353)²⁰.

en párr. 130–132; Caso *La Cantuta*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 162, en párr. 227.

18 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, (voto razonado del Juez Ventura Robles), en párr. 19.

19 Por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2006* (2007), p. 64. Se encuentran comentarios llamativos como el siguiente: “[g]ran parte del LXX Período Ordinario de Sesiones se llevó a cabo con financiamiento de la Unión Europea” (Ibíd., 6, nota 2).

20 Varios años después, el diálogo crítico en la OEA continúa generando observaciones tales como “no se puede hablar de aumentar los recursos de los órganos del sistema sin antes implementar los mecanismos necesarios para evitar el abuso de la protección ofrecida por el sistema” y que la OEA debería “dedicar menos tiempo

3. Interpretación regional de normas de derechos humanos

La actividad de una corte regional de derechos humanos involucra varias funciones interrelacionadas. La corte establece qué determinaciones de hecho son relevantes con respecto a violaciones de derechos humanos alegadas; elabora interpretaciones legales de normas de derechos humanos; aplica el derecho a los hechos al determinar si los derechos han sido violados; y ordena medidas para las violaciones que haya encontrado.

Este artículo se focalizará principalmente en la actividad interpretativa de la Corte Interamericana. La elección no pretende subestimar la importancia de las otras funciones. En efecto, el mantenimiento de regímenes regionales de derechos humanos junto a los regímenes con base en Naciones Unidas puede servir para algunos objetivos (Donnelly, 2003, 141 y Weston *et al*, 585, 589–590). La ejecución regional podría tener ventajas incluso si los derechos fueran entendidos de modo idéntico en ambos niveles. Las condiciones favorables en una región pueden conducir a los Estados a confiar más en sus vecinos, y estar más dispuestos a dar poder a los órganos regionales para resolver conflictos de derechos humanos –investigar hechos, evaluarlos a la luz de los estándares legales gobernantes, y ordenar medidas apropiada– en vez de las instituciones globales, más distantes. La interdependencia en una región puede hacer que la implementación de derechos humanos sea más efectiva, dándoles a los otros Estados participantes más medios para influenciar la conducta de un Estado infractor. Las instituciones regionales pueden considerarse poseedoras de conocimiento local, más aptas para percibir la importancia

a encontrar a los responsables de violaciones y más tiempo a la educación de los jóvenes para prevenir que ocurran las violaciones a los derechos humanos”: Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Dialogue on the Workings of the Inter-American Human Rights System Among Member States and the Members of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights*, Report on the Meeting, OEA/Ser.G/CP/CAJP–2311/05 apéndice 2 (15 mayo de 2006), p. 5.

de hechos históricos y jurídicos al momento de evaluar los reclamos de derechos humanos o de dictar órdenes correctivas.

Otras ventajas de los regímenes regionales surgen cuando los derechos no son entendidos en modo idéntico a nivel global y regional. La homogeneidad cultural e ideológica relativamente mayor de una región puede permitir el acuerdo sobre una lista más completa de derechos humanos, o bien una definición más precisa de ellos, que la que los procesos “universales” han alcanzado. Por ejemplo, a pesar de que la Convención Americana haya sido redactada teniendo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos, su enumeración de derechos los supera ya que incluye el derecho de réplica contra declaraciones injuriosas en los medios, y supera a los Pactos al proteger el derecho de propiedad²¹. Como órgano regional, la Corte Interamericana puede así servir al propósito adicional de articular concepciones regionales específicas de conceptos compartidos de derechos humanos, o interpretar normas de derechos humanos identificadas localmente.

La Corte Interamericana, como la Corte Europea, hace una “interpretación evolutiva” de su Convención como “instrumento viviente”²². La Corte invoca métodos generales de interpretación de tratados como aquellos expresados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero también hace hincapié en que los tratados de derechos humanos tienen un carácter distintivo, ya que establecen normas objetivas para la protección de los individuos en lugar de obligaciones recíprocas que benefician a los Estados²³. A los términos utilizados en el tratado se

21 Arts. 14 y 21 de la CADH. Por el contrario, la Convención Americana omitió la previsión de derechos de las minorías del art. 27 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

22 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 16, 1999, párr. 114-115 (cita, *inter alia*, *Tyrer v United Kingdom*, CEDH, 1978, Serie A, N° 26).

23 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Corte Inte-

les debe dar un significado autónomo en su propio contexto, y no se debe dejar a cada Estado que lo decida de acuerdo a sus leyes locales²⁴. Si bien los *travaux préparatoires* de la Convención proporcionan en ocasiones una guía de interpretación para las disposiciones, la Corte Interamericana los usa más frecuentemente al interpretar procedimientos de la misma Convención que al elaborar el contenido de derechos humanos individuales²⁵.

Sostener que la interpretación de un tratado de derechos humanos evoluciona deja abierta la pregunta de *cómo* esa evolución tiene lugar. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la elaboración progresiva de derechos es respaldada en parte por el propio razonamiento normativo de la Corte, en parte por la invocación de instrumentos de derechos humanos posteriores de la OEA²⁶, y muy frecuentemente por referencias a los regímenes globales y europeos de derechos humanos.

americana de Derechos Humanos, Serie A, N° 2, 1982, párr. 29-31 (cita Ap. N° 788/60, *Austria v. Italy*, 4 YB, 1961, 116, Comisión Europea).

24 *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 6, 1986, párr. 19-21.

25 Por ejemplo: *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 2, 1982, párr. 23-25 (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 75 de la CADH sobre las reservas); Caso *Baena Ricardo* (Competencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 104, 2003, párr. 89 (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 65 de la CADH en relación a procedimientos posteriores al dictado de los fallos); pero ver Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, (voto razonado del Juez Jackman) (se basa en los trabajos preparatorios para interpretar el art. 23 de la CADH en el sentido de que protege la candidatura de individuos no afiliados a ningún partido político).

26 Por ejemplo: Caso *Maritza Urrutia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 103, 2003, párr. 91 (interpreta el art. 5 de la CADH a la luz de la Convención Interamericana para la Prevención y Represión de la Tortura, Tratado de la OEA Serie N° 67, 1985, 25 ILM, 1986, 519, así como también normas globales).

La noción de un “consenso regional” ha jugado un rol mucho menor en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que en la de la Corte Europea. En el sistema europeo, el criterio de “consenso regional” cumple funciones tanto positivas como negativas. El tratamiento en gran medida consistente de una cuestión de derechos humanos entre los Estados miembro indicaría la presencia de un valor europeo subyacente que guía una interpretación más específica del derecho protegido por un tratado, o su más estricta aplicación. Un compromiso paralelo expresado a través del Consejo Europeo a veces sustituye la comparación de prácticas nacionales, y puede proveer signos de voluntad política y evidencia de consenso normativo. Por otro lado, la ausencia de “consenso regional” puede ser indicio de conflictos de valores irresueltos, o de que la política respecto de nuevas condiciones sociales se encuentra en mutación. Esa conclusión hace más probable que la Corte Europea espere una evolución futura dentro de límites más amplios para las variaciones nacionales.

Una razón manifiesta para la confianza menos frecuente en el “consenso regional” en América es la prevalencia comparativa de abusos sistemáticos de derechos humanos dirigidos contra el núcleo de los derechos protegidos. El establecimiento de estándares internacionales en función de prácticas nacionales efectivas implicaría el riesgo de adoptar objetivos muy pobres. Otro factor coadyuvante es la relativa ausencia de la participación de la OEA en la elaboración de estándares de derechos humanos. Las redes de cooperación y armonización regionales en el Consejo Europeo y en la Unión Europea han generado muchos más parámetros comunes que los pocos esfuerzos asumidos hasta el momento en América. La Corte Interamericana ha aprovechado, comprensiblemente, el reciente progreso en el apoyo de la OEA a la democratización, en particular como ha sido expresado en la Carta Democrática Interamericana del 2001²⁷. La consiguiente

27 Carta Democrática Interamericana. 11 sept. 2001. OEA OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 40 ILM (2001) 1289. La Carta es una resolución de la Asamblea General de la OEA que establece principios de democracia y un marco para la acción política de la OEA cuando el orden democrático de un Estado miembro está en riesgo o es interrumpido inconstitucionalmente (Rudy, 2005, 237). Para el

invocación de la Corte de un “consenso regional sobre la importancia del acceso a la información pública”²⁸ llama la atención por su rareza.

Irónicamente, la Corte no puede fácilmente tomar prestada legitimación para sus interpretaciones de la CADH de la institución de la OEA más comprometida con la promoción de los derechos humanos, la Comisión Interamericana. La Comisión es un órgano especializado, no un órgano intergubernamental, y no puede expresar consentimiento político en representación de los Estados miembro. Además, las opiniones de la Corte generalmente consideran a la Comisión como un órgano jerárquicamente subordinado, que propone argumentos para la consideración de la Corte, más que como una fuente independiente de conocimientos en la elaboración de normas de derechos humanos²⁹.

Una forma diferente de especificidad regional surge a través del desarrollo de doctrinas en reacción *contra* prácticas que han sido prevalentes en América y en los casos llevados por la Corte: desapariciones forzadas, impunidad y privilegio militar. La Corte y la Comisión fueron pioneras en el análisis de desapariciones forzadas, y la Corte adoptó teorías legales y probatorias para tratar los abusos ideados para evadir la detección y ocultar

uso de la Carta por la Corte Interamericana ver, por ejemplo, Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 115; caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 193, 207, 215 y el voto razonado del juez García-Sayán, párr. 15–17 (enfatisa el efecto de la Carta en la interpretación evolutiva de derechos políticos).

28 Caso *Claude Reyes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 151, párr. 78–79 (cita una resolución de la Asamblea General de la OEA de 2006 que insta a los Estados a “que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas”, así como también disposiciones más generales sobre transparencia y participación en la Carta Democrática).

29 Esta actitud no se sigue de los respectivos roles de la Corte y de la Comisión, y puede ser un legado de las tensiones en los primeros tiempos de su relación. La Corte Europea era más abiertamente atenta a la jurisprudencia de la Comisión Europea (Merrills, 1993, 15–16).

la responsabilidad estatal³⁰. La informalidad inicial de la Corte con respecto a los estándares de prueba, en contraste con el enfoque más restrictivo adoptado por la Corte Europea, se ha convertido en una característica permanente de su jurisprudencia. La extendida negativa de los Estados a investigar o a sancionar violaciones de derechos humanos ha motivado a la Corte a enunciar doctrinas contra la impunidad, incluyendo los derechos al debido proceso de las víctimas (incluyendo a los sobrevivientes) para acceder a los recursos penales³¹. La Corte ha expresado una rígida desaprobación de las amnistías otorgadas en relación a violaciones de derechos humanos (Tittmore, 2006, 429). Si bien por momentos su lenguaje pudo haberse centrado principalmente en auto amnistías dadas por el mismo régimen que cometió las violaciones³², la Corte también ha enfatizado que lo que importa es el resultado de la amnistía, y no su fuente³³. La absolutidad de la regla es también coherente con la correspondiente condena de la Corte de la prescripción como medio de defensa en casos de violaciones de derechos humanos, expresada en un caso donde un joven murió a causa

30 Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 4, 1988.

31 Caso *Villagrán Morales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 63, 1999, párr. 225–227.

32 Comparar, por ejemplo, el Caso *Barrios Altos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 75, 2001, párr. 41 (“Esta Corte considera que son 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”), con *Ibid.* párr. 44 (“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”).

33 Caso *Almonacid Arellano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 154, 2006, párr. 120 (“En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió [la autoamnistía chilena], atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”).

de heridas producidas por la brutalidad policial³⁴. El mal uso de la justicia militar como herramienta represiva contra opositores políticos y como vehículo de impunidad para los soldados ha llevado a la Corte a establecer límites estrechos en las circunstancias en las que los tribunales militares pueden juzgar delitos legalmente. La Corte ha negado que la jurisdicción militar pueda ser ejercida sobre los ciudadanos, y ha definido “ciudadano” a este fin como extendiéndose a un oficial naval recientemente retirado que se encontraba trabajando como empleado contratado civilmente para el servicio de inteligencia naval³⁵. Incluso soldados activos no pueden ser juzgados por cortes militares por crímenes cometidos contra ciudadanos, porque ello priva a las víctimas de su derecho a un tribunal independiente e imparcial³⁶.

4. La importación de interpretaciones europeas y globales

La Corte Interamericana es una gran, aunque selectiva, importadora de interpretaciones de derechos humanos. La Corte frecuentemente cita decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuestiones

34 Caso *Bulacio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 100, 2003, párr. 116. La Corte no puede verdaderamente querer decir, sin embargo, que toda violación de derechos humanos requiere sanciones criminales para los individuos identificados como responsables. La gama de deberes positivos y negativos implícitos en la Convención es muy amplia como para justificar tal generalización. Y, de hecho, la Corte no ordena la investigación y el castigo de actores individuales en todos los casos. Por ejemplo: Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 107, 2004, párr. 207 (caso de difamación contra un periodista); Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 127, 2005, párr. 275 (restricciones en materia electoral).

35 Caso *Palamara Iribarne*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 135, 2005.

36 Caso *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 90, 2001.

semejantes³⁷. En algunos casos, los precedentes europeos constituyen el principal apoyo para la interpretación progresiva de una disposición de la Convención³⁸. Por supuesto, las decisiones de la Corte Europea son vinculantes en el ámbito del Consejo Europeo, pero no en la OEA.

Otra fuente frecuente es el Comité de Derechos Humanos, incluyendo sus Observaciones Generales sobre el PIDCP (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos), sus opiniones sobre comunicaciones individuales, e incluso sus Observaciones Finales sobre los informes de los países³⁹. Actualmente, todas las partes de la CADH son también partes del PIDCP, aunque no necesariamente del Primer Protocolo Adicional. Al mismo tiempo, ni las Observaciones Generales del Comité ni las interpretaciones contenidas en sus opiniones sobre comunicaciones individuales o en sus Observaciones Finales vinculan formalmente a las partes del Pacto (Nowak, 2005, xxvii, 894). La Corte ha confiado en gran medida en las opiniones del Comité, por ejemplo, al interpretar el derecho de apelar

37 Por ejemplo: Caso *La última tentación de Cristo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 73, 2001, párr. 69 y nota 18 (libertad de expresión) (cita a *Handyside v. United Kingdom*, CEDH, Serie A, N° 24, 1976, y casos posteriores); Caso *Cinco Pensionistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 98, 2003, párr. 103 y nota 50 (beneficios de pensión como propiedad) (cita caso 39/1995/545/631, *Gaygusuz v. Austria*, 1996-IV, CEDH, 1129).

38 Por ejemplo: Caso *Lori Berenson Mejía*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 119, 2004, párr. 159-161 (cita a la Corte Europea para la alegación de que la presunción de inocencia puede ser violada por declaraciones hechas por la policía a los medios afirmando la culpa del imputado antes del juicio).

39 Por ejemplo: Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, párr. 115-135 (basados en la Observación General 27 del CDH); Caso *Velásquez Rodríguez* (daños compensatorios), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 7, 1989, párr. 28 (cita los puntos de vista del CDH); Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 208 (cita la Observación General 25 del CDH); Caso *Raxcacó Reyes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie N° 133, 2005, párr. 69 y nota 47 (cita las Observaciones Finales del CDH en informes de Irán e Iraq).

una condena criminal en el sentido de que requiere la revisión tanto de las cuestiones fácticas como las jurídicas por un tribunal superior⁴⁰.

La Corte también se apoya en una gran variedad de documentos globales de *soft law*, tanto individualmente como en conjunto con otras fuentes. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Moiwana*, la Corte invocó los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas⁴¹, que “iluminan el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto de desplazamiento interno”, como base principal de su conclusión de que el Estado había violado los derechos de los miembros de la comunidad de Moiwana al no hacer lo suficiente para facilitar su retorno a sus tierras tradicionales⁴². En el caso *Tibi*, la Corte hizo reiteradas referencias al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas⁴³, particularmente al considerar que el derecho a un trato humano bajo el artículo 5 requiere que el Estado provea tratamiento adecuado y oportuno a las heridas sufridas por los prisioneros⁴⁴. En el caso *Juan*

40 Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 166–167 y nota 117. Si bien la Corte no lo mencionó, esta interpretación difiere de la interpretación de la correspondiente provisión en el Protocolo Séptimo de la CEDH, el cual es posterior a la CADH (Nowak, 2005, 348–352); Ap. N° 29731/96, *Krombach v. France*, 2001–II ECHR 35, p. 64, párr. 96.

41 E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998).

42 Caso *Moiwana Village*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 124, 2005, párr. 111, 120. Esta parte del voto también se refirió a generalidades en la Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos (párr. 110) y a la decisión en cierta forma análoga de una petición individual, *Jiménez Vaca v. Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comunicación No. 859/1999, UN Doc. CCPR/ C/74/D/859/1999 (2002) (párr. 116).

43 Adoptado por la Res. de la AG 43/173, el 9 de diciembre de 1988.

44 Caso *Tibi*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 114, 2004, párr. 154. La Corte también citó en apoyo de este principio (párr. 155) un pasaje de Ap. N° 30210/96, *Kudła v. Poland*, 2000–XI ECHR 197 (Grand Chamber) (que decidió que no había violación del derecho).

Humberto Sánchez, la Corte se basó en el Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de Naciones Unidas⁴⁵ al establecer requerimientos mínimos para la investigación seria y efectiva de una presunta ejecución extralegal, en cumplimiento de los artículos 8 y 25 de la CADH⁴⁶. En alguna ocasión, la Corte también ha invocado directrices adoptadas por organizaciones totalmente privadas de la sociedad civil internacional⁴⁷.

En algunas decisiones de este tipo, la Corte está convirtiendo *soft law* global en *hard law* regional (Álvarez, 2005, 504)⁴⁸. Estándares precisos y elaborados, articulados por medio de procesos no vinculantes de las Naciones Unidas, proveen el contenido que da efecto a normas de la Convención menos determinadas pero vinculantes. Se convierten en obligaciones interamericanas subsidiarias, cuyo incumplimiento constituye una violación a la Convención.

5. Tres perspectivas sobre la importación

Al examinar la estrategia de importación de la Corte Interamericana, sería útil distinguir entre los tres aspectos de una disposición de un tratado internacional de derechos humanos: el aspecto consensual, el suprapositivo y el institucional⁴⁹. Las disposiciones de los tratados toman

45 UN Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991).

46 Caso *Juan Humberto Sánchez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 99, 2003, párr. 127; cfr. también *Ibíd.*, párr. 128, nota 144 (que hace referencia a una recomendación del Consejo Europeo sobre la armonización de las reglas para autopsia médica forense).

47 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, párr. 130 y nota 117, párr. 133 y nota 118, párr. 135 y nota 120 (cita estándares adoptados por la *World Psychiatric Association*, la *American Hospital Association*, la *American Geriatrics Society* y la *American Medical Association*).

48 “En algunos casos, [las entidades jurisdiccionales] son el principal vehículo por el que el *soft law* se transforma en *hard law*”.

49 Para una mayor profundización sobre el tema (Neuman, 2003, 1863).

su fuerza positiva como derecho internacional de los actos consensuales de los Estados, incluyendo los actos originarios de redacción y ratificación, y posiblemente actos posteriores de revisión consensual, expresa o implícita. Las disposiciones de derechos humanos en particular pueden también invocar una autoridad supra positiva, moral, independiente o anterior a su inclusión en un cuerpo normativo positivo; podría decirse que el preámbulo de la Convención Americana expresa este aspecto al reconocer “los derechos esenciales del hombre” con fundamento en “los atributos de la persona humana” y al afirmar que ellos “justifican” la misma Convención⁵⁰. Finalmente, las disposiciones de un tratado establecen reglas legales positivas que deben operar en un contexto institucional. Pueden ser redactadas o interpretadas en un sentido que tenga en cuenta las realidades institucionales, facilitando el cumplimiento por parte de los responsables y la vigilancia por parte de los órganos supervisores. Estos tres aspectos influyen adecuadamente en la interpretación de las disposiciones de un tratado de derechos humanos.

La importación de una interpretación desde una fuente externa puede estar justificada desde cualquiera de estas tres perspectivas, individual o combinadas. En términos de consenso, los Estados pueden haber expresado la intención de definir una obligación bajo la Convención Americana con referencia a otros tratados, o pueden ratificar la práctica de hacerlo. En términos suprapositivos, la Corte pudo tomar prestado en aquellas ocasiones en las que encontró especialmente persuasiva la exposición del órgano externo. En términos institucionales, la Corte podría tener una serie de razones pragmáticas para adoptar una interpretación preexistente de una norma: por ejemplo, la Corte podría concluir que la protección de los derechos humanos se beneficiaría con la coordinación del contenido de las obligaciones estatales a nivel regional y global; la importación de una

50 Preámbulo de la CADH, párr. 2 (“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”).

interpretación podría disminuir la carga de argumentación independiente de la propia Corte; o la Corte podría creer que la invocación de un estándar objetivo externo ayudaría a fortalecer las decisiones adversas contra la resistencia de los Estados.

Se pueden encontrar elementos de las tres perspectivas en la descripción de la Corte de sus prácticas de préstamos. Desde la perspectiva consensual, la Corte ha afirmado que “en la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos”⁵¹. En ocasiones, la Corte ha apoyado su estrategia interpretativa en el artículo 29 (b) de la Convención Americana, que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [.]

La Corte ha afirmado a veces que esta disposición “prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” en comparación con estándares internacionales⁵². Aún así, cualquier consentimiento expresado en esta dis-

51 “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 1, 1982, párr. 41.

52 Caso *Masacre de Mapiripán*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 134, 2005, párr. 188. No está claro cómo surgió esta interpretación del art. 29 (b); a primera vista, su lenguaje parece ser una mera exégesis de la cláusula de salvaguardia estándar contenida en muchos tratados de derechos humanos, indicando que el tratado define un mínimo, no un máximo, para la protección de los derechos humanos: por ejemplo: art. 60, CEDH. Los primeros comentarios sobre la CADH también describieron el art. 29 (b) en términos de la cláusula de salvaguardia

posición parecería estar limitado a las obligaciones convencionales efectivas de los Estados miembro de la OEA, y no se extendería a la importación de normas regionales europeas o de *soft law* global⁵³.

En términos suprapositivos, la Corte ha enfatizado que “la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional”⁵⁴. Se ha apoyado en el razonamiento normativo de otros tribunales y ha incorporado sus argumentos en sus propias explicaciones de los derechos protegidos por la CADH. Así, por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa*, la Corte resumió la jurisprudencia de la Corte Europea sobre difamación antes de concluir que era “lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos [...] deben gozar [...] de un margen de apertura” para que su honor sea protegido, pero sólo “de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”⁵⁵. De manera similar, en el caso *Ricardo Canese*, la Corte se basó en la jurisprudencia europea al enfatizar que los candidatos políticos deben estar sujetos a un mayor grado de escrutinio y crítica públicas en el curso de una campaña electoral⁵⁶.

(Cançado Trindade, 1987, 115–117 y Gros Espiell, 1994, 223 – 228).

53 Puede decirse lo mismo sobre el apoyo en el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como una base para el consentimiento real o positivo de las partes de la CADH. Esa disposición requiere que los intérpretes tengan en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Es dudoso si “forma pertinente de derecho” incluye a los instrumentos de *soft law*, y es claro que las normas regionales europeas no son “aplicables” en la OEA (McLachlan, 2005, 279, 290–291).

54 “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–1/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, No. 1 (1982), párr. 40.

55 Caso *Herrera–Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 128.

56 Caso *Ricardo Canese*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 111, 2004, párr. 98–104.

Frecuentemente, sin embargo, la Corte toma prestados estándares globales o europeos de una manera más concluyente que sugiere un fin institucional, utilizando puntos de referencia externos como medio de otorgar especificidad a las obligaciones de la CADH. Por ejemplo, el artículo 19 de la CADH contiene una disposición imprecisa sobre la protección de los niños: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En una importante decisión que involucraba la ejecución extrajudicial de niños de la calle guatemaltecos, la Corte observó que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁵⁷. La Corte hizo un uso más extenso de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de instrumentos de *soft law* relacionados en su opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*⁵⁸. En respuesta a un pedido de la Comisión Interamericana que se focalizaba en los derechos procesales de los niños privados de su libertad o separados de sus familias por causas tanto criminales como no criminales, la Corte analizó una amplia gama de obligaciones estatales hacia los niños. Citó una gran variedad de fuentes, incluyendo decisiones de la Corte Europea y textos del Comité de Derechos Humanos, pero especialmente la CDN, su interpretación por el órgano por

57 Caso *Villagrán Morales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 63, 1999, párr. 194.

58 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 17, 2002. Nótese que todas las partes que han ratificado la CADH también han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

ella creado⁵⁹, e instrumentos de *soft law* tales como las Reglas de Beijing⁶⁰ y las Directrices Riyadh⁶¹. Con posteridad, la Corte reiteró su apoyo en la CDN y en las Reglas Beijing al determinar el efecto del artículo 19 en un caso contencioso, *Instituto para la Rehabilitación de los Niños*⁶².

La rápida incorporación de bloques de *hard* y *soft law* globales en la convención regional ahorra a la Corte un considerable esfuerzo en la elaboración y la justificación de las consecuencias del artículo 19, y exige importantes mejoras en las condiciones que sufren los niños pobres en América. En parte, este avance puede ser justificado sobre la base de que todas las partes de la Convención Americana han también ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³. Sin embargo, ese argumento consensual no se extendería a la incorporación de elaboraciones no vinculantes de disposiciones de la CDN o a otros instrumentos de *soft law*

59 Además, en varias notas a pie, la Corte concentra sus citas en Informes del Comité de Derechos del Niño en relación a algunos Estados miembros de la OEA, incluyendo tanto a Estados que han ratificado la CADH como a Estados que no lo han hecho: por ejemplo, párr. 79, nota 84 (Costa Rica, y St Kitts and Nevis, respectivamente).

60 Por ejemplo: *Ibíd.*, párr. 120 (cita las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 1985).

61 Por ejemplo: *Ibíd.*, párr. 111 (cita las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riyadh), adoptada por Resolución de la Asamblea General 45/112, 14 de diciembre de 1990).

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 114, 2004, párr. 211.

63 Se podría objetar por motivos realistas que los Estados ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño teniendo en consideración sus débiles mecanismos de aplicación, sin la intención de someter su cumplimiento a la resolución vinculante de la Corte Interamericana. Pero esto es un riesgo que asumieron a la luz del art. 19 y de las prácticas interpretativas de la Corte. Tomar en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño al interpretar el art. 19 podría ser directamente justificable bajo el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; esto no significa que cualquier disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño equivalga automáticamente a una “medida de protección requerida” de conformidad con el art. 19 de la CADH.

referidos a los niños. Las formulaciones contenidas en el *soft law* podrían llegar a coincidir con el más convincente análisis suprapositivo de los derechos humanos del niño, pero la mera aparición de una premisa en una resolución de Naciones Unidas o en una recomendación de un órgano especializado no conlleva *ipso facto* fuerza normativa concluyente. Así, la importación de estándares de *soft law* resulta con mayor probabilidad de consideraciones institucionales, pragmáticas.

De hecho, la Corte Interamericana ha explicado repetidas veces que

el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo⁶⁴.

Esta noción de un “*corpus juris*” de normas vinculantes y no vinculantes en continua expansión, disponible para su examen en la regulación de los Estados, subyace en gran parte de la práctica de la Corte al interpretar la CADH.

La Corte Interamericana parece tratar a todos los procesos que generen estas normas como formas igualmente válidas de “evolución” capaces de influenciar la interpretación de las obligaciones de los Estados en el

64 Caso *Masacres de Ituango*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 148, 2006, párr. 157, nota 177; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 125, 2005, párr. 67; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, 2003, párr. 120.

marco de la Convención Americana. Esta noción generosa de “evolución” elude el aspecto consensual de los derechos humanos sin asegurar necesariamente que la interpretación resultante esté justificada en términos institucionales⁶⁵.

El recurso fácil de la Corte a fuentes externas no vinculantes descarta la voluntad de los Estados miembro de la OEA como factor relevante en la interpretación de sus obligaciones. Esta actitud es expresada más claramente en votos razonados condenando el “voluntarismo de los estados”⁶⁶, pero parece informar las decisiones que estos votos acompañan. Desafortunadamente, la crítica al “voluntarismo de los estados” tiende a mezclar dos problemas distintos. Sin lugar a dudas, dejar que cada Estado sea el juez de sus propias obligaciones de derechos humanos, libre de redefinir o retractar compromisos previos, anularía el efecto de la Convención Americana. Pero tal observación no implica que la evolución sustantiva del régimen de derechos humanos regional deba ser independiente de la *comunidad de Estados* regional.

Ignorar el rol de los Estados genera cuestiones tanto de legitimación como de efectividad. La naturaleza de un tratado de derechos humanos requiere de la participación de los Estados (conjunta) en el diseño del sistema, incluyendo la elección de los derechos que deben ser protegidos y los medios de ejecución. Los Estados de la OEA desplegaron un considerable esfuerzo al negociar y adoptar su propio tratado regional de derechos humanos. No redujeron el tratado a un mecanismo de aplicación local de los Pactos globales⁶⁷, y simplemente no delegaron a la Corte la tarea de

65 Tampoco asegura que interpretaciones que han sido tomado prestadas estén justificadas en términos suprapositivos, dado que las conclusiones de un cuerpo especializado o los productos de un consenso regional europeo pueden no ser normativamente correctos.

66 Por ejemplo: Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, No. 123 (2005) (voto razonado del juez Cancado Trindade), párr. 64.

67 Una vez más, la Convención Americana incluye algunos derechos omitidos en el PIDCP (p.ej., el derecho a la propiedad) y omite o modifica otros derechos que el PIDCP incluye (p.ej., art. 27 del PIDCP sobre los derechos de las minorías); el vago

adoptar cualquier estándar que eligiera de algún cuerpo futuro de textos de *soft law*. La colaboración continua entre la Corte y los Estados miembro refuerza la autoridad de la Corte para definir las obligaciones estatales. La “humanización” del derecho internacional no ha ido tan lejos como para hacer que los tribunales internacionales de derechos humanos se autolegitimen sobre la base de su relación directa con seres humanos individuales.

Además, aceptar la influencia estatal en la evolución de las normas de derechos humanos es importante para la efectividad del sistema, un factor de importancia para la interpretación institucional. Hacer que un derecho humano sea “más efectivo” no implica necesariamente dar al derecho un significado más amplio. Implica hacer que el goce del derecho sea una realidad⁶⁸, y ello puede requerir definir el contenido positivo del derecho de manera que facilite su implementación en un momento histórico particular en una región particular. En algunas ocasiones, esto podría sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o más categórica⁶⁹, y en otras ocasiones, de interpretaciones más adaptadas. Cuando los Estados de la región participan en la evolución progresiva de un derecho, sus acciones hacen la aplicación nacional más factible y proporcionan perspectivas de métodos de implementación que podrían tener éxito. Los Estados serán también más propensos a asistir a la Corte en la persuasión a otro Estado miembro para que cumpla con los estándares a los que ellos mismos ya adhieren.

En la medida en que la Corte está buscando el objetivo institucional de coordinar las obligaciones globales y regionales de los Estados, intentar

tratamiento de los derechos económicos y sociales en el art. 26 de la CADH fue seguido por un Protocolo que contempla sólo un rol limitado para la Corte: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente desde el 16 de noviembre de 1999) Tratados de la OEA, Serie N° 69, 1988, 28 ILM (1989) 156.

68 La Corte Interamericana ha expresado este punto de vista. Por ejemplo: Caso *Herrera-Ulloa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 107, 2004, párr. 161.

69 Comparar *supra* el texto correspondiente a las notas 31–36.

prematuramente transformar *soft law* global en *hard law* a nivel regional no sirve necesariamente a aquel objetivo. El conjunto de procesos dispersos que producen textos globales no vinculantes puede resultar en contradicciones, y puede no prefigurar con exactitud el contenido que podría adoptarse en el futuro como obligación vinculante de derechos humanos. Los términos del *soft law* frecuentemente sostienen reclamos categóricos que requerirían de calificaciones y excepciones que tengan en cuenta intereses contrapuestos, incluyendo otros derechos y limitaciones de recursos.

Estas consideraciones no implican que la importación de las normas globales de *soft law* y doctrinas europeas carentes de una base regional en América no pueda ser nunca justificada instrumentalmente. Tampoco implican que añadir explicaciones más detalladas de las prácticas de préstamo de la Corte podría resolver sus problemas de cumplimiento⁷⁰. Pero sí sugieren que podría requerirse una mayor cautela al evaluar la idoneidad de las normas importadas como interpretaciones de la Convención Americana.

6. La exportación de interpretaciones interamericanas

La Corte Interamericana no es, por supuesto, una mera importadora pasiva de interpretaciones de derechos humanos. Incluso como importadora, la Corte es selectiva, pero también desarrolla interpretaciones innovadoras propias, a veces basadas específicamente en realidades regionales⁷¹, y a veces basadas en consideraciones universalistas⁷². La Corte aspira a ser una exportadora de interpretaciones de derechos humanos.

70 (Viljoen and Louw, 2007, 16) Concluye empíricamente que el cumplimiento con las recomendaciones de la Comisión Africana no se correlaciona con la “profundidad y anchura” del razonamiento que las apoya.

71 Conforme *supra* el texto correspondiente a las notas 30–36.

72 En cierta medida, el deseo de la Corte de innovar se encuentra en tensión con el objetivo de coordinar las obligaciones regionales de los Estados con sus obligaciones globales, pero si la Corte tiene éxito en exportar una interpretación, la congruencia puede ser restablecida.

Los votos razonados de los jueces de la Corte a veces expresan un perceptible orgullo respecto a las contribuciones de la Corte al discurso sobre los derechos humanos. Un ejemplo destacado involucra la interpretación de la Corte del derecho a la información sobre asistencia consular como derecho individual de las personas arrestadas, adoptada en una opinión consultiva y posteriormente confirmada por la Corte Internacional de Justicia en los casos *La Grand* y *Avena*⁷³. Un juez ha sostenido que las contribuciones de la Corte al derecho internacional humanitario incluían el reconocimiento de una obligación positiva de asegurar una vida digna como inherente al derecho a la vida; el reconocimiento del derecho a un proyecto de vida; la ampliación del concepto de víctima; el mencionado derecho a la asistencia consular; y el reconocimiento de los derechos laborales de migrantes indocumentados⁷⁴. Un pasaje de otro voto razonado

73 Por ejemplo: Caso *Fermín Ramírez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 126, 2005, voto razonado del Juez García Ramírez. (“Esta afirmación, originalmente formulada por la Corte Interamericana en la OC-16, fue luego acogida en la solución de casos ante la Corte Internacional de Justicia”). Las referencias son a *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 16, 1999; *La Grand Case (Germany v. United States)* [2001] ICJ Rep 466; y *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)* [2004] ICJ Rep 12. La CIJ no confirmó ni negó la caracterización de la Corte Interamericana de este derecho a la información como derecho humano: *Ibíd.*, p. 61. Cuando luego la Corte Interamericana encontró una violación de este derecho en un caso contencioso, un voto concurrente enfatizó la “verdaderamente pionera Opinión Consultiva N° 16 [...] [que] ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre el tema, – como ha sido ampliamente reconocido por la doctrina jurídica contemporánea”: Caso *Acosta Calderón*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 129, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 14.

74 Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 125, 2005, voto razonado del Juez Abreu Burelli, párr. 6. Sobre el “proyecto de vida”, entendido como lo que un individuo elige como perspectiva

destacó los logros de la Corte en relación a los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, y la expansión de su capacidad legal como sujetos de derecho internacional⁷⁵.

Los votos razonados también afirman la paridad de la Corte con la Corte Europea de Derechos Humanos, la otra corte regional de derechos humanos: “El trabajo de los Tribunales Interamericanos y Europeos de Derechos Humanos sin duda ha contribuido a la creación de un *ordre public* internacional basado en el respeto por los derechos humanos en cualquier circunstancia”⁷⁶.

Las contribuciones de la Corte Interamericana también incluyen sus numerosas referencias al *jus cogens*. El concepto de *jus cogens* juega distintos roles en la jurisprudencia de la Corte. Puede servir a su clásica función enunciada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, invalidando una disposición de un tratado⁷⁷. Aparece frecuentemente como un agravante en un caso contencioso: caracterizar una violación de la CADH por parte de un Estado sujeto a la jurisdicción contenciosa de la Corte como una infracción a una norma de *jus cogens* aumenta la condena

de realización personal completa, la cual podría ser interrumpida o destruida por violaciones de derechos humanos, ver el Caso *Gutiérrez Soler*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 132, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 2-7; pero ver *Ibíd.* voto razonado del Juez Jackman, (crítica el concepto).

75 Caso *Comunidad Moiwana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 125, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 10 (“la sentencia sin precedentes (el primer pronunciamiento de este tipo emitido por un tribunal internacional)... en la cual se protegió el derecho de propiedad de las tierras... de los miembros de la comunidad indígena”), párr. 12 (“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y esta Corte, en particular, han contribuido a dicho desarrollo”).

76 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 123, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 7.

77 Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, Nº 15, 1993, párr. 57.

de la violación, y puede justificar un remedio más extenso⁷⁸. La discusión del carácter de *jus cogens* de una disposición de la CADH puede también representar una afirmación de la Corte de autoridad normativa con respecto a un Estado de la OEA que *no* ha ratificado la CADH (por ejemplo, Estados Unidos)⁷⁹. En términos generales, la identificación de normas de *jus cogens* es la forma última de exportación de normas, afirmando la aplicabilidad universal de la norma a nivel mundial.

La eficacia universalmente vinculante de una norma de *jus cogens* es la antítesis del “voluntarismo de Estado”. Los Estados no pueden exceptuarse a sí mismos de una norma tal negándose a ratificar un tratado, o a través de una objeción constante. Tampoco puede una región de Estados consensuar la modificación de una norma de *jus cogens*. Ciertamente, el efecto de una declaración de *jus cogens* de la Corte Interamericana fuera de su hemisferio depende de su persuasión a otros; pero esos otros podrían ser tribunales y no Estados.

La Corte ha sido muy activa en la identificación de normas de *jus cogens* en años recientes. Estas normas imperativas incluyen prohibiciones de esclavitud⁸⁰, tortura física y psicológica⁸¹, desapariciones forzosas⁸², ejecuciones extrajudiciales⁸³, tratos inhumanos (incluyendo penas

78 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 128–132, 166; Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, párr. 76.

79 Ver *infra* el texto correspondiente a la nota 95.

80 Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 15, 1993, párr. 57.

81 Caso *Maritza Urrutia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 103, 2003, párr. 92.

82 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 93.

83 Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 110, 2004, párr. 76.

corporales)⁸⁴, discriminación⁸⁵, crímenes de lesa humanidad⁸⁶, normas sobre la prescripción de los crímenes de lesa humanidad⁸⁷, y falta de castigo a los autores de crímenes de lesa humanidad (que también ha sido descrito como un derecho de acceso a la justicia)⁸⁸. Otras posibilidades se han abordado pero no determinado, incluyendo el derecho de acceso a la justicia para todas las violaciones de derechos⁸⁹, garantías mínimas de derecho internacional humanitario⁹⁰, y el “irrespeto del honor y creencias personales (inclusive las relaciones de los vivos con sus muertos)”⁹¹.

Como ha advertido un voto razonado, “[e]s probable que la Corte Interamericana haya hecho más en la identificación de la expansión del

84 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, párr. 126; Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, párr. 70. Nótese que distintas versiones de estos primeros cinco ítems fueron descritos como normas *jus cogens* de derechos humanos en la Re-formulación sobre la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de 1987: *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. 1987. ii, párr. 702 y comentario n (p. 163 y 167 respectivamente).

85 Caso *YATAMA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 127, 2005, párr. 184.

86 Caso *Almonacid Arellano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 154, 2006, párr. 99.

87 *Ibíd.*, párr. 153.

88 Caso *Goiburú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 153, 2006, párr. 131.

89 Caso *Ximenes Lopes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 149, 2006, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 19–21.

90 Caso *Hermanas Serrano Cruz* (Excepciones Preliminares), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 118, 2004, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 40 (cita el artículo común 3 de las Convenciones de Génova de 1949, art. 75 del Protocolo Adicional I, y arts. 4–6 del Protocolo Adicional II).

91 Caso *Masacre Plan de Sánchez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 105, 2004, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 30.

jus cogens que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo”⁹². En la próxima sección se analizará cómo la Corte ha logrado ir más allá que otros.

7. La exportación de un principio de no discriminación universal

El esfuerzo hasta ahora más ambicioso de la Corte para expandir el *jus cogens* fue su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*⁹³. En dicha oportunidad, la Corte afirmó en amplios términos el carácter *jus cogens* de una norma internacional de “no discriminación” aplicable a acciones o inacciones discriminatorias, *de jure* o *de facto*, públicas o privadas. Merece suma atención el proceso de explicación y omisión a través del cual la Corte justificó esa conclusión. Este opera mediante una técnica de sobre-generalización que descuida el aspecto consensual de las normas positivas de derechos humanos.

La opinión consultiva surgió a partir de una solicitud de México de una resolución en respuesta a una serie de preguntas sobre la discriminación contra trabajadores migrantes indocumentados por parte de los Estados de la OEA, a la luz de la Declaración Universal, la Declaración Americana, el PDCP, la CADH y derecho internacional general⁹⁴. La solicitud fue aparentemente motivada por hechos que ocurrían en Estados Unidos, principalmente una entonces reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que restringía los recursos disponibles ante violaciones de derecho laboral cometidas contra empleados indocumentados (Cleveland, 2005, 460)⁹⁵.

La Corte aclaró su terminología articulando una dicotomía entre dos

92 Caso *Caesar*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 123, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 92.

93 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, 2003 (en adelante, OC-18).

94 *Ibíd.* párr. 1-4.

95 *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*, 535 US 127, 2002.

tipos de diferenciaciones: “distinción” y “discriminación”⁹⁶. “Distinción” se refiere a formas de diferenciación que son “razonables, proporcionadas y objetivas”, y por ende permisibles. “Discriminación”, en cambio, se refiere a “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que *redunde en detrimento* de los derechos humanos”⁹⁷.

La Corte trató los tres conceptos de “igualdad”, “no discriminación” e “igual protección ante la ley” como elementos esencialmente inseparables de un único principio básico⁹⁸. Encontró este principio reflejado en numerosos instrumentos de derecho internacional humanitario, citando más de treinta ejemplos en una nota al pie⁹⁹. En la exposición de su postura, la Corte no se tomó el tiempo de investigar las diferentes formas en las cuales este principio era articulado en esos instrumentos, vinculantes o no vinculantes, dirigidos al Estado o a actores privados, focalizados en motivos particulares de discriminación o en la discriminación en contextos particulares, con o sin excepciones.

La Corte luego concluyó que este principio no sólo era general, sino también imperativo: “este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto

96 OC-18, *supra* nota 93, párr. 84.

97 *Ibíd.* (énfasis adherido). De alguna manera en esta explicación la Corte omitió el factor de proporcionalidad de la definición de “discriminación”, pero luego vuelve como si fuera un sinónimo: *Ibíd.*, párr. 91, 119, 168. El concepto de discriminación que “redunde en detrimento” de los derechos humanos es muy amplio, como fue ilustrado por el hecho de que la Corte consideró a todos los derechos emergentes de una relación laboral, ya sea los protegidos internacionalmente o bien los definidos por el derecho local o por convenios colectivos, como “derechos laborales” que se debe impedir que el empleador incumpla en forma desproporcionada en relación a los trabajadores indocumentados.

98 *Ibíd.*, párr.83.

99 *Ibíd.*, párr. 86, nota 33.

jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental”¹⁰⁰. La base normativa de este principio “se desprende ‘directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona’”¹⁰¹. En consecuencia, “el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”¹⁰².

De esta conclusión se derivan importantes consecuencias: “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*” contra cualquier grupo de personas¹⁰³. Además, se requirió a los Estados que “[adopten] medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”¹⁰⁴. Por ejemplo, específicamente en el caso de relaciones laborales entre partes privadas, el requerimiento de no discriminación se aplica entre el empleador y el empleado, porque “de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)”¹⁰⁵. En consecuencia, “los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su [...] condición migratoria [...] y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores”¹⁰⁶.

La amplitud de estas conclusiones podría llamar a hacer una pausa para dilucidar si aquéllas pueden ser justificadas ya sea en términos

100 *Ibíd.*, párr. 101.

101 *Ibíd.*, párr. 100.

102 *Ibíd.*

103 *Ibíd.*, párr. 103.

104 *Ibíd.*, párr. 104.

105 *Ibíd.*, párr. 140.

106 *Ibíd.*, párr. 149.

consensuales o suprapositivos. Es decir, ¿ha adoptado la comunidad internacional una norma imperativa con el alcance que la Corte ha identificado, o bien debería hacerlo¹⁰⁷? ¿Por qué la no discriminación es una norma de *jus cogens* en todos los casos en que se afectan derechos humanos? La Corte citó una gran variedad de instrumentos internacionales que prohíben la discriminación en una variedad de contextos, o sobre la base de diferentes criterios. Pero, incluso tomando estos instrumentos en sentido literal, el hecho de que muchas formas de discriminación estén prohibidas internacionalmente no demuestra que todas las formas de discriminación violen un valor fundamental de la comunidad internacional. Consideren, por ejemplo, el trato desigual dado a los pescadores de la costa y a los pescadores a mar abierto¹⁰⁸, o a los traficantes de drogas en comparación con otros acusados penalmente¹⁰⁹. Si se requiriera prueba concluyente de la *opinio juris*, ¿sobre qué se basa la conclusión de que el trato desigual *de jure* de aquellas categorías debe imperativamente cumplir con un test de proporcionalidad a fin de ser tolerable por la comunidad internacional, por no decir un trato desigual *de facto*, o la falta de prevención de la discriminación privada entre ellos? Por otro lado, si es innecesaria la prueba concluyente de condena internacional porque las consideraciones de *jus cogens* son consideradas inherentemente normativas, entonces, ¿cuál es el argumento normativo a favor de elevar

107 Uno también podría preguntarse si una norma imperativa de este alcance podría ser justificada pragmáticamente sobre bases institucionales. Dejo esta compleja pregunta para otra ocasión.

Otra posible explicación del carácter *jus cogens* de la norma general de no discriminación podría ser que todas las normas de derechos humanos son imperativas, ipso facto. Pero la Corte no ha propuesto este argumento, y no lo voy a desarrollar aquí.

108 Ap. N° 27824/95, *Posti and Rahto v. Finland*, 2002-VII ECHR 301.

109 Caso *Acosta Calderón*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 129, 2005, voto razonado del Juez CançadoTrindade, párr. 2-9 (objeta que la Corte no haya considerado que una norma de procedimiento que diferencia entre acusados por tráfico de drogas y otros acusados violaba el principio de no discriminación).

tan amplia y profundamente la prohibición de “discriminación” al nivel de *jus cogens*? La Corte tuvo extraordinariamente poco que decir sobre esto, tomando como evidente que “[h]oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental”¹¹⁰. La Corte afirmó que la norma de no discriminación deriva “directamente de la unidad de naturaleza del género humano” y es “inseparable de la dignidad esencial de la persona”¹¹¹, pero esos principios son más directamente relevantes a la discriminación por motivos de raza o género que a las muchas diferenciaciones entre actores y acciones que surgen dentro del espectro de las políticas regulatorias de los Estados.

Es también notable, por sus omisiones, el tratamiento de la Corte de las normas de no discriminación en instrumentos de derechos humanos. La Corte mencionó el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pero no lo citó ni describió. En particular, la Corte pasó por alto el artículo 2.3, que establece:

Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos¹¹².

Esta disposición puede no haber sido deseada por los países de América Latina, pero su presencia en la Declaración Universal de Derechos tenga seguramente cierta relevancia en el alcance de una norma de *jus cogens* de no discriminación. La Corte tampoco trató el artículo 22 de la CADH, que limita expresamente ciertos aspectos del derecho de libre circulación de personas “que se halle[n] legalmente en el territorio de un Estado”¹¹³.

110 OC-18, *supra* nota 93, párr. 101.

111 *Ibíd.*, párr. 100 (cita anteriores opiniones consultivas).

112 PIDESC, art. 2 (3) (Craven, 1995, 172–174 y Dankwa, 1987, 230).

113 Art. 22 (1) CADH, que limita el derecho de circular y residir en el territorio de un Estado a quienes se encuentran allí legalmente; art. 22 (6) CADH, que dispone sólo para el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado el de-

Sin dudas el lector habrá observado que la Corte ha reinterpretado las obligaciones *erga omnes* que resultan de normas imperativas de derecho internacional, las cuales eran originalmente obligaciones debidas por un Estado al resto de los Estados (o a la comunidad internacional en general), pero que la Corte adicionalmente consideró como obligaciones debidas por todos los individuos a todo titular de un derecho humano. Además, las obligaciones de los individuos fueron modeladas en base a las obligaciones de los Estados: así como al Estado se le prohíbe discriminar contra los individuos, de la misma manera al empleador se le prohíbe discriminar contra los individuos; así como el Estado debe tratar a los individuos como iguales ante la ley, de la misma manera cada individuo debe tratar a todo otro individuo como igual ante algo distinto del derecho. La deducción de la Corte avanzó muy rápidamente. En parte, resultó de la asunción de una teoría general “del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”¹¹⁴. La Corte no indagó si esta teoría de efectos sobre terceros era aplicable a algunos derechos humanos y no a otros, o era aplicable de manera diferente a diferentes derechos o a diferentes aspectos de determinados derechos¹¹⁵. La Corte invocó también el ejemplo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y su interpretación por el órgano correspondiente¹¹⁶. La Corte no indagó si la aplicación de normas internacionales sobre discriminación racial a las acciones de individuos difería de la aplicación de normas internacionales relativas a la discriminación sobre

recho a una decisión adoptada conforme a las disposiciones de la ley antes de ser expulsado. ¿Viola el artículo 22 de la CADH una norma de *jus cogens*, y si lo hace, cuáles serían las consecuencias?

114 OC-18, *supra* nota 93, párr. 140.

115 Por ejemplo, el derecho a la participación política no requiere todavía que todas las organizaciones privadas deban ser gobernadas democráticamente, y el derecho a la libertad personal no requiere todavía que los padres lleven a sus hijos ante un juez cuando los encierren en sus habitaciones.

116 *Ibíd.*, párr. 145.

bases que no han sido destacadas para ser especialmente condenadas. El mejor argumento que la Corte invocó para sustentar su posición fue una referencia transversal al Comentario General 18 del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación de no discriminación bajo el PIDCP¹¹⁷, pero la Corte no analizó el razonamiento y los límites del Comentario General, e incluso mezcló su mención del Comentario General con otro Comentario General sobre el derecho a no ser sujeto a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes¹¹⁸.

En cierto sentido, la caracterización de la Corte del principio general de no discriminación como *jus cogens* podría ser considerada inofensiva, porque un tribunal tiene siempre la opción de abstenerse de invalidar alguna forma deseable de tratamiento diferencial considerándolo como una “distinción” razonable y proporcionada, y no como un acto de “discriminación”. Además, sería irrealista ver la acción de la Corte como una sustancial reasignación de poder para su propio beneficio, considerando la mínima probabilidad de que un asunto particular llegue a la Corte, a la luz de las limitaciones de recursos en el sistema interamericano y el control del acceso a la jurisdicción contenciosa por la Comisión Interamericana. No obstante, la indeterminación del estándar de no discriminación confiere una sustancial autoridad discrecional a cualquier corte u órgano que tenga la oportunidad de aplicarlo, y elevar dicho estándar sobre toda disposición

117 La interpretación del Comité de Derechos Humanos del art. 26 del PIDCP en el sentido de que requiere a los Estados que protejan a los individuos contra algunas formas de discriminación privada refleja el mandato separado en la segunda oración de esa disposición: “garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación” (Nowak, 2005, 630–634). Podría ser de interés histórico observar que, en el curso de la negociación de la CADH, un mandato similar fue expresamente borrado del art. 24, y reemplazado por la garantía de “igual protección de la ley”. Compárese el art. 24 de la CADH con el art. 22 del Proyecto de Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, en (Buergethal y Norris, 1982, 10). Ese no es el tipo de factor, sin embargo, que influenciaría la interpretación de la Corte Interamericana de un derecho sustantivo de la CADH.

118 OC-18, *supra* nota 93, párr. 144.

meramente consensual de un tratado puede llevar a consecuencias impredecibles y perjudiciales en todo el derecho internacional.

8. Conclusión: revaluando el consentimiento regional

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha expandido rápidamente en la década pasada, y podría estar entrando en un período de consolidación. Algunos votos razonados han mencionado con pesar la posibilidad de cambios en las doctrinas de la Corte¹¹⁹. Un observador comprensivo podría creer que cierta reorientación en la metodología de la Corte mejoraría su actuación como parte de un sistema para la protección de los derechos humanos en el marco de la OEA.

Los derechos incluidos en las convenciones de derechos humanos tienen bases suprapositivas, pero al estar incluidos tienen también aspectos consensuales e institucionales. Idealmente, la interpretación se basa en estos tres aspectos de manera de que el sistema de la convención sea justificable, políticamente aceptable, y efectivo. Hay motivos para pensar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha apartado mucho del aspecto consensual de una convención regional de derechos humanos en sus prácticas interpretativas, y que este distanciamiento no es compensado con un análisis normativo convincente o con un diseño institucional estratégico. La Corte no debe someterse a la voluntad de los infractores individuales, pero necesita persuadir, y no meramente exhortar, el apoyo de la comunidad regional de Estados.

La falta de atención al consentimiento regional no es, sin duda, la

119 Por ejemplo: Caso *Niñas Yean y Bosico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 130, 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 22 (“Me daría mucha pena si, en el futuro (*tempus fugit*), la Corte se apartara de esa jurisprudencia”); Caso *La Cantuta*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 162, 2006, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 61 (“esta Corte no puede permitirse frenar o retroceder su propia jurisprudencia en materia de derecho imperativo (*jus cogens*) en el presente dominio de protección de la persona humana, *en materia de derecho tanto sustantivo como procesal*”).

principal causa de las dificultades de cumplimiento de las resoluciones de la Corte, que también se extienden a los casos de graves e indiscutibles violaciones de los derechos a la vida y a la integridad corporal. No obstante, presenta un problema que puede obstaculizar los esfuerzos para fortalecer el sistema.

9. Bibliografía

- Álvarez, J. 2005. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press.
- Buergenthal, T. y Norris, R. (eds.). 1982. *Human Rights: The Inter-American System*, ii, booklet 13.
- Cleveland. 2005. *International Decision*, 99 AJIL.
- Cançado Trindade. 1987. *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*. 1987-II. RdC 11.
- Carta Democrática Interamericana. 11 sept. 2001. OEA OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 40 ILM (2001) 1289.
- Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Dialogue on the Workings of the Inter-American Human Rights System Among Member States and the Members of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights*, Report on the Meeting, OEA/Ser.G/CP/CAJP-2311/05 apéndice 2 (15 mayo de 2006).
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)
- Craven, M.C.R. 1995. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development*.
- Dankwa. 1987. *Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 Human Rts Q.
- Donnelly, J. 2003. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Segunda edición. New York: Cornell University Press.
- Gómez. 1998. The Interaction between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court. En D. Harris y S. Livingstone (editores). En

The Inter–American System of Human Rights.

- Gros Espiell. 1994. Los Métodos de Interpretación Utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa. En R. Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- McLachlan. 2005. *The Principle of Systematic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention*, 54 *Int'l Comp LQ* .
- Medina. 1998. *Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas*, 8 *Transnat'l L & Contemporary Problems*.
- Merrills, J.G. 1993. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*.
- Neuman. 2003. *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 *Stanford L Rev*.
- Nowak M., 2005. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Segunda edición.
- Pasqualucci, J.M. 2003. *The Practice and Procedure of the Inter–American Court of Human Rights*.
- Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. 1987.
- Rudy. 2005. *A Quick Look at the Inter–American Democratic Charter of the OAS: What Is It and Is It “Legal”?*. 33 *Syracuse J Int'l L and Commerce*.
- Tittlemore. 2006. *Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter–American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes under International Law*, 12 *Southwestern J L and Trade in the Americas*.
- Viljoen and Louw. 2007. *Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. 101 *AJIL*.
- Weston *et al.* 1987. *Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal*. 20 *Vanderbilt J Transnat'l L*.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Caso *19 Comerciantes*, Serie C, N° 109, 2004.
Caso *Acosta Calderón*, Serie C, N° 129, 2005.

- Caso *Almonacid Arellano*, Serie C, N° 154, 2006.
Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Serie C, N° 15, 1993.
Caso *Baena Ricardo* (Competencia), Serie C, N° 104, 2003.
Caso *Barrios Altos*, Serie C, N° 75, 2001.
Caso *Bulacio*, Serie C, N° 100, 2003.
Caso *Caesar*, Serie C, N° 123, 2005.
Caso *Carpio Nicolle*, Serie C, N° 117, 2004.
Caso *Castillo Petruzzi*, Serie C, N° 52, 1999.
Caso *Cinco Pensionistas*, Serie C, N° 98, 2003.
Caso *Claude Reyes*, Serie C, N° 151, 2006.
Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Serie C, N° 125, 2005.
Caso *Comunidad Moiwana*, Serie C, N° 124, 2005.
Caso *Comunidad Moiwana*, Serie C, N° 125, 2005.
Caso *Fermín Ramírez*, Serie C, N° 126, 2005.
Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, Serie C, N° 137, 2005.
Caso *Genie Lacayo*, Serie C, N° 30, 1997.
Caso *Godínez Cruz*, Serie C, N° 5, 1989.
Caso *Goiburú*, Serie C, N° 153, 2006.
Caso *Gutiérrez Soler*, Serie C, N° 132, 2005.
Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, Serie C, N° 110, 2004.
Caso *Hermanas Serrano Cruz* (Excepciones Preliminares), Serie C, N° 118, 2004.
Caso *Herrera-Ulloa*, Serie C, N° 107, 2004.
Caso *Juan Humberto Sánchez*, Serie C, N° 99, 2003.
Caso *La Cantuta*, Serie C, N° 162, 2006.
Caso *Las Palmeras* (Excepciones preliminares), Serie C, N° 67, 2000.
Caso *Las Palmeras*, Serie C, N° 90, 2001.
Caso *La última tentación de Cristo*, Serie C, N° 73, 2001.
Caso *Lori Berenson Mejía*, Serie C, N° 119, 2004.
Caso *Mack Chang*, Serie C, N° 101, 2003.
Caso *Maritza Urrutia*, Serie C, N° 103, 2003.
Caso *Masacre de Mapiripán*, Serie C, N° 134, 2005.
Caso *Masacres de Ituango*, Serie C, N° 148, 2006.
Caso *Masacre Plan de Sánchez*, Serie C, N° 105, 2004.

- Caso *Moiwana Village*, Serie C, N° 124, 2005.
- Caso *Niñas Yean y Bosico*, Serie C, N° 130, 2005.
- Caso *Palamara Iribarne*, Serie C, N° 135, 2005.
- Caso *Prisión de Castro Castro*, Serie C, N° 160, 2006.
- Caso Ricardo Canese, Serie C, N° 111, 2004.
- Caso *Raxcacó Reyes*, Serie N° 133, 2005.
- Caso *Tibi*, Serie C, N° 114, 2004.
- Caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C, N° 4, 1988.
- Caso *Velásquez Rodríguez* (daños compensatorios), Serie C, N° 7, 1989.
- Caso *Villagrán Morales*, Serie C, N° 63, 1999.
- Caso *Villagrán Morales* (Reparaciones), Serie C, N° 77, 2001.
- Caso *Ximenes Lopes*, Serie C, N° 149, 2006.
- Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Serie C, N° 125, 2005.
- Caso YATAMA, Serie C, N° 127, 2005.
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A, N° 18, 2003, párr. 120.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A, N° 17, 2002.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A, N° 16, 1999.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A, N° 2, 1982.
- Informe Anual 2006* (2007).
- Instituto para la Rehabilitación de los Niños*, Serie C, N° 114, 2004.
- Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A, N° 10, 1989.
- “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana)*, Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, N° 1, 1982.
- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, N° 6, 1986.