

ridh | REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO V N°5 2015

ISSN 2250-5210

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Presidente – Cofundador

C. IGNACIO DE CASAS Vicepresidente – Cofundador

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Tesorero – Cofundador

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN Directora Ejecutiva

Mendoza

Tierra del Fuego 79 (5500) Mendoza – República Argentina.

Santiago de Chile

Camino La Ronda N° 2137, (7700402) Lo Barnechea,

Santiago de Chile – República de Chile.

Tel.: (54-261) 424 2344 – contacto@cladh.org – www.cladh.org

Para comunicarse con
Revista Internacional de Derechos Humanos
remita sus mensajes a
contacto@revistaidh.org

Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

IMPORTANTE: Los artículos son publicados y/o traducidos con permiso expreso de sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización previa. Las opiniones vertidas en los artículos aquí publicados son de responsabilidad absoluta y exclusiva de sus autores y en consecuencia no reflejan ni comparten necesariamente el parecer del editor, del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y/o de sus miembros.

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Secretarios de Edición

Federico Morandini

Universidad nacional de Cuyo – Argentina / Universidad Austral – Argentina

Rodrigo Cuervo

Universidad nacional de Cuyo – Argentina / Universidad de Mendoza – Argentina

Comité Honorario

† Prof. Dr. Ángel G. Chueca Sancho

Universidad de Zaragoza – España

Comité Científico Editorial

C. Ignacio de Casas – Universidad Austral – Argentina

Ignacio A. Boulín Victoria – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Cintia M. Bayardi Martínez – Universidad de Congreso – Argentina

Fernando Álvarez – Universidad de Los Andes – Chile

María José García Ascolani – Universidad de Alcalá – España

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando Arlettaz – Universidad de Zaragoza – España

Comité de Evaluación

Grupo de Investigación sobre Migraciones Internacionales

e Integración – Universidad de Zaragoza – España

Adriel A. Fernández Santander – Universidad Austral – Argentina

María Laura Farfán Bertrán – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Soledad Bertelsen Simonetti – Universidad de Los Andes – Chile

Claudio Erece – Universidad de Los Andes – Chile

Colaboradores

Holly Buick – Universidad de Oxford – Estados Unidos

Producción editorial

Laura Maza Bakovic – Traducción y corrección

Gerardo Patricio Tovar – Editor independiente – Argentina

Asesoramiento editorial y diseño

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti

Editorial 9

María Laura Farfán Bertrán

Noticias del CLADH 13

Artículos 17

Valerio de Oliveira Mazzuoli y

Gustavo de Faria Moreira Teixeira

*Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 19

Alejandro Celi de La Mota

*Los derechos humanos desde la perspectiva del
análisis económico del derecho* 51

Patricia Tarre Moser y

Salvador Leyva Morelos-Zaragoza

*Violencia sexual contra el hombre: avance jurisprudencial
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 69

Irene Zegarra Ballón Quintanilla

*La jurisdicción especial de los pueblos indígenas y
la vigencia de los derechos humanos al interior de
los Estados miembros de la OEA* 91

Eleonora López Contreras, Adrián Rodríguez Alcocer y Cándido Pérez Hernández <i>Los derechos humanos al final de la vida.</i> <i>Avances y retrocesos jurídicos en México</i> _____	101
Andrés Rousset Siri <i>Aspectos centrales del procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: análisis casuístico</i> _____	121
Ivania Esperanza Galeano Barralaga <i>Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias</i> _____	151
Testimonios _____	173
José Antonio Gutiérrez Navas, Gustavo Enrique Bustillo Palma, José Francisco Ruiz Gaekel y Rosalinda Cruz Sequeira <i>Destitución ilegal y arbitraria de magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras</i> _____	175
Noticia de los autores _____	195
Pautas para la presentación de colaboraciones _____	201

Editorial

Por Georgina Alejandra Guardatti¹

El quinto número de la *Revista Internacional de Derechos Humanos* (RIDH) es el resultado del compromiso de quienes promueven la defensa de los derechos humanos. Los siguientes artículos de investigación, realizados por expertos en la materia, contribuyen al diálogo interdisciplinario, interinstitucional e interregional, mediante el aporte de argumentos y opiniones que contribuyen al debate y la reflexión sobre las numerosas perspectivas relacionadas a la protección de los derechos humanos.

Recientemente, fue publicada la Carta Encíclica *Laudato si'* del Papa Francisco sobre el cuidado de la casa común², en la cual se propone un modelo de ecología integral. En el Capítulo Quinto, luego de reconocer que “desde mediados del siglo pasado, y superando muchas dificultades, se ha ido afirmando la tendencia a concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos”, asevera que “urgen acuerdos internacionales que se cumplan, dada la fragilidad de las instancias locales para intervenir de modo eficaz”.

En esta ocasión, se destaca la cuestión referida a la protección jurí-

1 Editora y coordinadora de Revista Internacional de Derechos Humanos. Abogada por la Universidad de Mendoza (Argentina). Máster Oficial en Especialización e Investigación en Derecho: Derechos Humanos, Libertades y Derecho Penal, Universidad de Zaragoza (España). Doctoranda en Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza (España). Profesora Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

2 Publicada el 24 de mayo de 2015, 2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

dica del medio ambiente. El Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli y Gustavo de Faria Moreira Teixeira, ambos investigadores y profesores de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en Brasil, plantean como objetivo comprender las interrelaciones entre la protección internacional del medio ambiente y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, particularmente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, el profesor Alejandro Celi de la Mota, ensaya el sentido y el alcance del análisis económico del derecho y sus implicancias en el campo de los derechos humanos, como una metodología de investigación aún novedosa en cuanto a sus proyecciones y parámetros de estudio.

Asimismo, en esta edición, los abogados Patricia Tarre Moser y Salvador Leyva Morelos–Zaragoza examinan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual cuando la víctima es un hombre. Destacan en particular el caso “Rodríguez Vera y otros (‘Desaparecidos del Palacio de Justicia’) vs. Colombia”, en el cual se reconoció por primera vez a un hombre como víctima de violencia sexual.

La abogada peruana Irene Zegarra Ballón Quintanilla analiza el derecho de los pueblos indígenas, su autogobierno y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, buscando conciliar el reconocimiento de estos con la vigencia de los derechos humanos en el territorio de los Estados.

En el artículo de Eleonora López Contreras, Adrián Rodríguez Alcocer y Cándido Pérez Hernández, miembros del *Early Institute*, practican una revisión del desarrollo y del estado actual de los derechos humanos al final de la vida. La investigación se concentra en aquellos casos que afectan a enfermos en situación terminal, el desarrollo jurídico y la influencia de la reforma de la Ley General de Salud en materia de cuidados paliativos en el sistema de salud pública de México.

Luego, un análisis de la casuística sobre los aspectos centrales de un acuerdo de solución amistosa celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las diversas vicisitudes que pueden presentarse en el desarrollo del mismo, es abordado detalladamente por Andrés Rousset Siri.

Las garantías procesales integran el conjunto de requisitos que deben

respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, sostiene Ivania Esperanza Galeano Barralaga. Agrega que, en la situación particular de los niños y niñas migrantes no acompañadas, dichas garantías adquieren mayor relevancia para el respeto y garantía de sus derechos, por la vulnerabilidad agravada en que se encuentran. En su trabajo presenta ese conjunto de garantías que han desarrollado el sistema universal y el sistema interamericano de protección de derechos humanos, analizadas a la luz del principio del interés superior del niño.

En la nueva sección sobre testimonios, Ex Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, peticionarios ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relatan cómo se llevó a cabo la destitución arbitraria e ilegal que padecieron por carecer el Congreso de competencia y de poderes para ello y en clara violación del principio de separación de poderes y de la independencia del Poder Judicial.

Para concluir estas palabras introductorias, un particular reconocimiento y agradecimiento a los Secretarios de Edición, Federico Morandini y Rodrigo Cuervo; como así también, a los miembros del Comité Científico Editorial y de Evaluación, a nuestros colaboradores, a Laura Maza Bakovic por las traducciones y correcciones y, especialmente, al responsable de la producción editorial, Gerardo Tovar, por su comprometida labor con la Revista Internacional de Derechos Humanos.

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI

Mendoza, Julio de 2015

Noticias CLADH

Por María Laura Farfán Bertrán¹

En el año 2006 nació en Argentina el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. La idea de su misión básica era simple: proteger los derechos humanos de todas las personas.

Esta idea –tal vez más un deseo que otra cosa– se fue concretando en realidades palpables y en proyectos pujantes, de una trascendencia que superó las expectativas de los comienzos.

Y es así que, casi diez años después, el CLADH no sólo se encuentra funcionando en las ciudades de Mendoza y Buenos Aires (Argentina), en Santiago de Chile, en Asunción y Ciudad del Este (Paraguay) y en la Ciudad de Guatemala, sino que además los resultados de sus proyectos, litigios y trabajos se proyectan a la casi totalidad de los países de la región.

El CLADH trabaja de manera sostenida sobre la base de tres áreas bien definidas: la investigación y difusión de contenidos, el litigio y la capacitación de defensores y defensoras de derechos humanos.

En el área de la investigación y difusión de contenidos se destaca de manera especial esta Revista, publicación conjunta del CLADH con la Universidad de Zaragoza (España), cuyo quinto número nos enorgullece presentar.

En el área del litigio, el CLADH defiende con especial énfasis a las víctimas de violaciones de los derechos a la libertad de expresión, la independencia judicial y los derechos políticos, convencidos de que sólo en un Estado democrático de derecho, respetuoso de la separación de poderes, es posible el goce efectivo de todos los derechos.

La protección de estos derechos reviste tal importancia en la misión del CLADH, que ha buscado tanto la reparación de las víctimas como la obtención de cambios estructurales cuyos efectos se expanden e impacten positivamente en toda la sociedad. Se destacan en este sentido la defensa

1 Directora Ejecutiva CLADH (2010–2015)

de cuatro magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, arbitrariamente destituidos en el año 2012, y cuyo testimonio es parte del presente número; también la defensa de periodistas perseguidos por denunciar hechos de corrupción en Ecuador y en Argentina, entre otros.

Muestra de la magnitud de estos casos es la repercusión que ha tenido en los principales medios de comunicación y en los organismos internacionales de derechos humanos más prestigiosos. Así, por ejemplo, el *New York Times*, *The New Yorker*, la CNN, Clarín, entre otros, han publicado noticias relativas a estos casos. También Relatores Especiales de Naciones Unidas y Comisionados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han expresado su preocupación sobre los mismos.

Finalmente, el CLADH trabaja en la capacitación de defensores y defensoras de derechos humanos. La formación de abogados es una prioridad del CLADH desde sus comienzos. Es por ello que ofrece cursos, seminarios de capacitación, programas de voluntariado y pasantías constantemente. Fruto de este compromiso es el Diploma en Defensa Internacional de los Derechos Humanos, programa que dicta de forma conjunta con la Universidad de Zaragoza y que consta de 12 semanas de capacitación en línea y una semana presencial (opcional) en Ginebra (Suiza). Este programa se caracteriza por el altísimo nivel académico y profesional, gracias a la participación de profesores de las más distinguidas organizaciones e instituciones internacionales. Sólo por mencionar algunos, se destacan profesores y profesionales de la Universidad de Zaragoza, Universidad de Harvard, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Relatorías de Naciones Unidas, entre otras. El CLADH aprovecha esta oportunidad para agradecer públicamente su invaluable colaboración.

Uno de los logros más notable de estos años es la obtención del estatus consultivo ante Naciones Unidas. No porque los méritos antes mencionados sean de menor trascendencia, sino porque el estatus consultivo implica un reconocimiento por parte del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) al compromiso del CLADH y a sus posibilidades de contribuir con la labor de Naciones Unidas en la defensa y promoción de los derechos humanos.

El estatus consultivo permite que el CLADH participe activamente en las actividades del ECOSOC y sus órganos subsidiarios, así como interactuar con la Secretaría General de las Naciones Unidas, sus programas y fondos. Además, habilita a designar representantes que podrán participar en eventos, conferencias y otras actividades de Naciones Unidas, y asistir como observadores a las sesiones públicas del ECOSOC, de sus órganos subsidiarios, de la Asamblea General, y del Consejo de Derechos Humanos. Asimismo, el CLADH puede presentar declaraciones escritas relacionadas con la labor del Consejo, que podrán ser luego distribuidas por el Secretario General de las Naciones Unidas a los Estados miembro del Consejo.

Para dimensionar la importancia de este reconocimiento, baste mencionar que actualmente sólo 35 ONG argentinas ostentan algún tipo de estatus consultivo (de las cuales 10 trabajan en derechos humanos); en Chile son 6 ONG que tienen estatus consultivo especial (tan sólo por mencionar los países donde el CLADH se encuentra constituido legalmente).

Pero esto es simplemente el comienzo. Una década de trabajo –en términos de protección internacional de los derechos humanos– constituye un buen comienzo de un largo camino por recorrer.

El CLADH ya eligió la ruta, y el norte siempre estuvo claro. Se trata de una idea simple: proteger los derechos humanos de todas las personas. Y como todas las cosas construidas sobre la base de la simpleza y la verdad, esta idea continuará concretándose en realidades palpables y en proyectos pujantes que seguirán transformando la vida de las personas, y de toda la Región.

Artículos

Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Post-Doctor en Ciencias Jurídico-Políticas,
Universidad Clásica de Lisboa (Portugal).

Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional,
Universidad Federal de Rio Grande del Sur (Brasil).

Profesor de Derecho Internacional Público y
Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la
Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil).

Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI)
y de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD).

Gustavo de Faria Moreira Teixeira

Máster en Derecho Agroambiental,
Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil).

Profesor de Derecho Internacional,
Universidad de Cuiabá (Brasil).

Miembro del Grupo de Investigación de
Derecho Internacional Público de la
Universidad Federal de Mato Grosso GEDIP/UFMT (Brasil)

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo comprender las interrelaciones entre la protección internacional del medio ambiente y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fortalecer la tutela de los derechos civiles y políticos en los casos relativos a cuestiones ambientales.

Palabras clave: derechos humanos; medio ambiente; sistema interamericano; defensa por la vía refleja; ecologización; greening; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Abstract: This paper aims to understand the interrelationships between the international environmental protection and the human rights protection systems, as well as the contributions of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the strengthening of the civil and political rights protection in cases involving environmental issues.

Keywords: human rights; environment; inter-american system; environmental protection through the reflex pathway; greening; American Convention on Human Rights.

Artículo recibido: 05/06/2015 Aceptado: 08/06/2015

Sumario

1. Introducción

2. El sistema interamericano de derechos humanos y las cuestiones ambientales

2.1 La protección internacional del medio ambiente y de los derechos humanos

2.2 La ecologización de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3. El “escribir recto en renglones torcidos” del sistema interamericano de derechos humanos

3.1 La defensa del medio ambiente por la vía refleja

3.2 Efectos de la ecologización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4. Conclusiones

5. Bibliografía

5.1 Jurisprudencia

1. Introducción

A pesar de la falta de disposición expresa en los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) –así también como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)– lo cierto es que la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha demostrado que, en el contexto regional interamericano, es posible apoyar (y, por lo tanto, proteger) las cuestiones relacionadas con el medio ambiente de manera eficaz. Esta influencia se ejemplifica por el fenómeno llamado de ecologización (*greening* o “reverdecimiento”) del derecho internacional de los derechos humanos¹.

Por tanto, el *greening* es la técnica para proteger el medio ambiente en los sistemas regionales de protección que, *a priori*, no tienen protección específica sobre este tema. En este sentido, es necesario entender los efectos de este “reverdecimiento” de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones para la mejora de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos.

2. El sistema interamericano de derechos humanos y las cuestiones ambientales

Estructurado por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sistema interamericano de derechos humanos, desde su creación, ha participado en los debates sobre los grandes temas del derecho internacional público.

Cabe destacar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es ocho meses más joven que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, del 10 de diciembre 1948; y que, cuando la Carta de la OEA de 1948, en su art. 106, ha previsto un futuro Convenio orientado al establecimiento de las normas de funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha también anticipado a la propia ONU en las discusiones sobre la creación de un sistema de protección de los derechos humanos².

1 Por lo tanto, es necesario desarrollar estrategias y técnicas para vincular los temas ambientales a los dispositivos de la Convención Americana, como los relacionados con el juicio justo, la libertad de expresión, los derechos de propiedad, entre otros.

Sobre el tema: Sands, 1993; Teixeira, 2011; Mazzuoli y Teixeira, 2013, 299–313.

2 De los 34 miembros activos de la OEA, sólo Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice,

Dicho Convenio (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José), además de regular el funcionamiento de la Comisión Interamericana, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un órgano consultivo y contencioso del sistema regional interamericano.

Para los Estados Parte de la Convención que reconocen su competencia contenciosa, la Corte Interamericana actúa como el organismo responsable del análisis de las acciones de responsabilidad internacional presentadas por los Estados Parte o por la Comisión Interamericana (con base en denuncias individuales) contra los Estados que hayan, en tesis, violado los dispositivos de la Convención Americana³. Mientras que nunca (hasta ahora) un Estado Parte ha demandado contra otro Estado Parte ante la Corte, el envío de casos a la Corte ha sido señalado por la actuación de la Comisión Interamericana, tras el análisis de las peticiones individuales que les sean presentados de conformidad con los artículos 44, 46 y 47 de la Convención. Durante construcción del sistema de protección de los derechos humanos de la OEA, en los años 60 y 70, el tema ambiental se destacó como un problema mundial importante, sobre todo después del período de la descolonización de África. Dados los dramas acerca de la degradación del medio ambiente, tanto en la Conferencia Internacional sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) como en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas nunca han ratificado la Convención. Para estos Estados, así como para aquellos que no reconocen la competencia de la Corte, la Comisión actúa como un órgano general que debe publicar informes anuales a la Asamblea General de la OEA sobre el desempeño de los mismos Estados en el establecimiento de políticas de los derechos humanos. V. General Information of the American Convention on Human Rights. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-32.html> (Último acceso el 18-04-2015). Cf. también: Gomes y Mazzuoli, 2010, 360-363; Fix-Zamudio, 1991, 64.

3 De los 24 Estados Parte en la Convención, sólo tres –Dominica, Granada y Jamaica– aún no se someten a la jurisdicción de la Corte.

(Río de Janeiro, 1992), el derecho de acceso al medio ambiente sano fue insertado en la lista de las garantías fundamentales de la persona humana que deben ser protegidas (Soares, 2001, 45–49).

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena confirmó la lógica de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (Piovesan, 2005, 56; Sousa Santos, 1997, 105–201). Por lo tanto, Estocolmo, Río y Viena contribuyeron a la “globalización” del derecho ambiental (Cançado Trindade, 1993, 41–45), fenómeno consistente en una mayor comprensión de la interconexión entre los mecanismos de protección de los derechos humanos y las cuestiones ambientales.

2.1 La protección internacional del medio ambiente y de los derechos humanos

La protección jurídica del medio ambiente, desde la Conferencia de Río–92, está estructurada por una “nueva ingeniería”, consistente en acelerar la aplicación de las normas internacionales relativas al medio ambiente a través de la adopción, en los tratados más emblemáticos, de anexos, apéndices y términos generales, que tienen el propósito de formar un amplio espacio normativo que se complementará con futuras decisiones derivadas de cumbres regulares de los Estados Parte: las llamadas *Conferencias de las Partes* o *COPs* (Soares, 2002; Mazzuoli e Irigaray, 2009, 12).

Estas estrategias desarrolladas por el derecho internacional del medio ambiente contemporáneo, sin embargo, no están libres de inconvenientes. Si, por un lado, las reglas ambientales son aplicadas en un ritmo más rápido, por el otro, hay que señalar que esa “ingeniería” trae graves preguntas sobre la eficacia de sus decisiones, ya que los compromisos asumidos por los Estados en cuestiones ambientales constituyen reglas de *soft law*. Es decir, estas son normas que en principio no tienen fuerza vinculante y que, por ello, si no son cumplidas no establecen sanciones directamente aplicables a los Estados (Soares, 2003, 101; Mitchell, 2006, 72–89).

La fragilidad o “eficacia relativa de los tratados internacionales sobre el medio ambiente” (Mitchell, 2006, 72–89; Boyle, 2010, 2–3) demuestran que las cuestiones ambientales aún no alcanzaron su madurez en las

relaciones internacionales contemporáneas. Dinah Shelton y Alexander Kiss, sin embargo, creen que esta madurez radica en el creciente establecimiento de interrelaciones entre las cuestiones ambientales y la protección de los derechos humanos (Kiss y Shelton, 2007, 2005; Shelton, 2008, 733–777). Esto nos permite afirmar que los sistemas de protección de derechos humanos, en el final del siglo XX, pasaron por un proceso de reverdecimiento: a) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) insertaron dispositivos que expresamente reconocieron el derecho de vivir en un medio ambiente sano y equilibrado (Mazzuoli, 2011, 1001–1003); y b) el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) –a pesar de la ausencia de disposiciones relativas a la protección del medio ambiente– ha sido utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuestiones ambientales⁴.

Aunque incipiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado un proceso de reverdecimiento marcado por el establecimiento de interrelaciones entre temas ambientales y los dispositivos del Convenio Europeo relacionados con los derechos a la vida, la privacidad, la propiedad y otros. Son emblemáticos dos casos relativos a la interconexión entre la contaminación acústica causada por el aeropuerto de Heathrow, en las afueras de Londres, y la violación de disposiciones del Convenio Europeo

4 TEDH, *Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1990, Aplicación 9310/81; *Caso López Ostra vs. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación 16798/90; *Caso Ana Maria Guerra y otros vs. Italia*, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Aplicaciones 116/1996/735/932; *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97; *Caso Moreno Gómez vs. España*, Sentencia del 16 de noviembre 2004, Aplicación 4143/02; *Caso Giacomelli vs. Italia*, Sentencia del 2 de noviembre 2006, Aplicación 59909/00; *Caso Fadeieva vs. Rusia*, Sentencia del 9 de junio 2005, Aplicación 55723/00; *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*, Sentencia del 18 de junio 2002, Aplicación 48939/99; *Caso Taskin y otros vs. Turquía*, Sentencia del 10 de noviembre 2004, Aplicación 46117/99; y *Caso Tatar vs. Rumania*, Sentencia del 27 de enero 2009, Aplicación 67021/01. Disponible en <http://www.echr.coe.int> (último acceso el 18/04/2015).

relativos a los derechos de propiedad, la privacidad y la protección judicial efectiva: Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido, y el Caso Hatton y otros vs. Reino Unido⁵.

En 1990, el Tribunal Europeo al analizar el Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido, a pesar de tener reconocido que el Estado británico tendría el deber de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar a los peticionarios la protección conferida por el art. 8.1 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar), consideró que “la operación de un gran aeropuerto internacional es un objetivo legítimo [del Estado] y el consiguiente impacto negativo sobre el medio ambiente no puede ser totalmente eliminado”⁶. Sin embargo, once años después, en el año 2001, en el Caso Hatton y otros vs. Reino Unido, también relativo al aeropuerto de Heathrow, el Tribunal Europeo concluyó que, en clara violación del art. 8.1 del Convenio Europeo, el Estado “no logró un justo equilibrio entre el bienestar económico del Reino Unido y el efectivo derecho de los peticionarios gozaren de sus hogares y de sus vidas privadas y familiares”⁷.

Es de destacar que el período de once años entre los dos casos Heathrow⁸ contribuyó al fortalecimiento de la comprensión de las interrelaciones

5 TEDH, *Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1990, Aplicación 9310/81; y *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97.

6 “The operation of a major international airport pursued a legitimate aim and that the consequential negative impact on the environment could not be entirely eliminated” (TEDH, *Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido*, *Ibid.*, pars. 40–42).

7 “The State failed to strike a fair balance between the United Kingdom’s economic well-being and the applicants’ effective enjoyment of their right to respect for their homes and their private and family lives” (TEDH, *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*, *Ibid.*, par. 107).

8 Hay que señalar, sin embargo, que los resultados de los dos casos relacionados con el ruido del aeropuerto de Heathrow fueron similares. En *Hatton y otros*, frente a la decisión desfavorable para el Reino Unido, el gobierno británico apeló al Tribunal en Pleno y la Gran Sala decidió que los intentos de las autoridades locales para reducir el ruido en el aeropuerto fueron suficientes para no violar el derecho a la

entre los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las cuestiones ambientales en Europa. Después de todo, a lo largo de los años 90, sobre todo después de la Conferencia de Río-92, las cuestiones ambientales habían surgido como un tema de claro interés global.

En este contexto, otro caso decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Caso López Ostra vs. España, de 1994, se ha convertido en uno de los más emblemáticos para las futuras decisiones del Tribunal. Al constatar la molestia de la familia López Ostra con las emisiones de azufre de una planta de tratamiento de agua en la ciudad española de Lorca, el Tribunal Europeo entendió que la contaminación del medio ambiente implica daños al derecho a la vida privada y familiar y, por lo tanto, el Estado tiene el deber de proporcionar un equilibrio justo entre sus medidas y el bienestar del medio ambiente y de las personas. Por entender que, en el caso analizado, el Estado no ha cumplido con su deber de conciliar los intereses colectivos con los intereses particulares de los vecinos de la planta de tratamiento de residuos, el Tribunal condenó a España a pagar 40.000 pesetas por los daños a la salud y la calidad de vida de la familia López Ostra⁹.

El Caso López Ostra vs. España también dio lugar a una segunda fase del reverdecimiento del Tribunal Europeo: el aumento de las interrelaciones entre los casos que involucran cuestiones ambientales y la protección de los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el Caso Anna María Guerra y otros vs. Italia (1998) el Tribunal Europeo

intimidad de los demandantes. El Tribunal Europeo está formado por: a) los Comités, integrados por tres jueces responsables del análisis de admisibilidad de las peticiones presentadas a la Corte; b) las Secciones (las Salas), integradas por siete jueces encargados del examen de la admisibilidad y del fondo de una petición; y c) el Pleno del Tribunal (la Gran Sala), integrado por diecisiete jueces responsables del examen de las remisiones de un asunto pendiente ante una Sala sobre una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos (arts. 30 y 43, § 3º del Convenio Europeo), (Mazzuoli, 2011, 913–915; Gomes, 2010, 183).

9 TEDH, *Caso López Ostra vs. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación 16798/90, párr. 51 y 58.

concluyó que, al no proporcionar la información necesaria sobre una fuga de productos químicos de la fábrica en Manfredonia, las autoridades locales habían cometido una violación al art. 10 del Convenio Europeo sobre el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información¹⁰. En 2004, el derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el art. 8.1 de la Convención Europeo, fue una vez más interrelacionado con un tema ambiental, esta vez en el Caso Moreno Gómez vs. España, sobre la contaminación acústica causada por un club nocturno construido sobre la licencia ilegal a las afueras de Valencia.

A lo largo de la primera década de este siglo, otros dos casos han sido emblemáticos a la ecologización del Convenio Europeo: a) *Öneryildiz vs. Turquía* (2002), sobre violaciones de los arts. 2, 8 y 13 del Convenio Europeo, relativos respectivamente a los derechos a la vida, a la vida privada y familiar y a la protección judicial efectiva de las víctimas de una explosión de gas metano en el relleno sanitario de Umraniye (Estambul)¹¹; y b) *Tatar vs. Rumanía* (2009), sobre un desastre ecológico resultante de las instalaciones de descarga de una mina de oro en Río Sasar, donde el Tribunal Europeo concluyó que el Estado rumano había violado el Convenio al no proporcionar un deber de prevención e información sobre los riesgos de instalaciones de mina de oro¹².

10 TEDH, *Caso Ana María Guerra y otros vs. Italia*, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Aplicaciones. 116/1996/735/932; y *Caso Moreno Gómez vs. España*, Sentencia del 16 de noviembre 2004, Aplicación 4143/02

11 TEDH, *Caso Öneryildiz vs. Turquía*, Sentencia del 18 de junio 2002, Aplicación 48939/99.

12 “La Cour rappelle qu’en droit roumain le droit à un environnement sain est un principe ayant valeur constitutionnelle. Ce principe a été repris par la loi n° 137/1995 sur la protection de l’environnement, qui était en vigueur à l’époque des faits (voir pp. 16–17, a et b). Par ailleurs, le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l’environnement en l’absence de certitude scientifique où technique (voir p. 27, h)” (TEDH, *Caso Tatar vs. Rumania*, Sentencia del 27 de enero 2009, Aplicación 67021/01, párr. 109).

Las diversas situaciones en que la defensa del medio ambiente por la vía refleja se hizo presente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –del interior de Rumanía al aeropuerto de Heathrow, de la molestia de discotecas en el centro de Valencia a tragedias de un vertedero de basura en las afueras de Estambul– muestran que el tema del medio ambiente tiene la potencial vocación de servir como parámetro para otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos (Gomes, 2010, 163–205).

En este sentido, merece ser estudiado cómo la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han estado lidiando con cuestiones ambientales, así como también, el papel de sus posiciones en el reverdecimiento o ecologización cada vez más eficaz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.2 La ecologización de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En comparación con el sistema europeo, la ecologización del sistema interamericano ha pasado lejos de cuestiones tales como la contaminación acústica causada por un club nocturno o un aeropuerto. De hecho, la gran mayoría de los casos ambientales del sistema interamericano surgen del uso constante de las zonas forestales y de las zonas rurales en la búsqueda de materias primas, alimentos, agua, combustible y el uso de zonas de disposición de basura. En este contexto, los más vulnerables a la desregulada explotación económica de los recursos naturales han sido los indígenas, los pueblos cimarrones y las comunidades campesinas de las Américas¹³.

Este hallazgo es confirmado por el informe de la Secretaría General de la OEA sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, de 4 de abril de 2002¹⁴, que destaca dos ejemplos de protección del medio ambiente en el sistema interamericano: a) La Resolución N° 12/85 del pueblo Yanomami

13 Sobre el progreso del poder económico en las áreas de los pueblos indígenas y tradicionales, V. Garfield, 2004, 139–167; Shiva, 2001, 23–29; Varvarigos, 2010, 59–73.

14 En el cumplimiento de AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), aprobada en la tercera sesión plenaria de la OEA, celebrada el 5 de junio 2001. V. Mazzuoli, 2011, 1001.

vs. Brasil¹⁵, que se ocupa de las interrelaciones entre la construcción de una carretera en una zona del territorio amazónico habitada por la etnia Yanomami y el rápido proceso de violación de los derechos a la vida, la salud, la libertad, la seguridad y el derecho de residencia del grupo indígena afectado; b) y el Caso de la Comunidad Indígena Awás Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicaragua¹⁶, sobre la concesión irregular de madera en tierras indígenas. Estos son los primeros casos de cuestiones ambientales examinados por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

Después de la Resolución N° 12/85, la Comisión tuvo que hacer frente, en particular, a otros ocho casos relacionados con temas ambientales. Tres de ellos –en eventos similares en Chile, Panamá y Brasil– involucran la construcción de represas hidroeléctricas en zonas indígenas y/o tradicionales sin el consentimiento de las comunidades afectadas y las consecuentes violaciones de disposiciones de la Convención Americana en relación con la garantía a la vida, la dignidad humana y la protección judicial efectiva¹⁷.

En este sentido, en el Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice, la Comisión Interamericana estableció interrelaciones entre la concesión por el Estado de las tierras indígenas a la tala sin el consentimiento previo de los grupos étnicos afectados, con violaciones de

15 CIDH, Resolución 12/85, Caso No. 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, en Informe Anual de la CIDH 1984–85, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev.1, 1 de octubre de 1985, 24, 31 (Caso Yanomami).

16 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n° 79. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso el 18–04–2015).

17 Sobre casos de cuestiones ambientales analizados por la Comisión Interamericana, V. Teixeira, 2011, 163–227. Cf. CIDH. Informe N° 30/04, *Solución Amistosa Mercedes Julia Huentes Beroiza*, 11 de marzo de 2004; CIDH. Informe N° 40/04, *Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004; y Medida Cautelar MC–382/10, en favor de las comunidades tradicionales de la cuenca del río Xingu, Pará, Brasil, el 11 de noviembre, 2009.

los derechos de propiedad de los pueblos tradicionales¹⁸. A su vez, en el Caso San Mateo de Huanchor vs. Perú, donde se utilizó un minero en las afueras de las comunidades rurales como un vertedero de residuos tóxicos, y en el análisis de la Solicitud Inicial N° 1413/05 del Pueblo Inuit contra los Estados Unidos sobre las responsabilidades del gobierno de EEUU en relación con los impactos del calentamiento global en el modo de vida de los esquimales, la Comisión se enfrentó a situaciones relacionadas con la degradación del medio ambiente y sus consecuencias sobre los medios de vida de los pueblos tradicionales, en particular en el acceso de estos pueblos a los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la residencia y el acceso a la cultura¹⁹.

De nueve casos importantes sobre cuestiones ambientales discutidos o en análisis por la Comisión, sólo dos –Informe N° 84/03 del Parque Natural Metropolitano de Panamá, sobre el supuesto daño ambiental causado por la construcción de una carretera en una reserva ambiental, y Comunidad de La Oroya vs. Perú, en relación con hechos perjudiciales de la contaminación del aire de un complejo metalúrgico en la población de 30.000 habitantes de La Oroya, ubicada a 175 km de Lima– no han tratado temas relacionados con los pueblos indígenas o con comunidades tradicionales²⁰.

La Corte Interamericana, a su vez, después del análisis del Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, se enfrentó con otros seis casos sobre temas ambientales y, de éstos, cinco están relacionados con violaciones de derechos de los pueblos tradicionales de las Américas. El caso Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador es vinculado a la concesión estatal de tierras indígenas para la exploración petrolera

18 CIDH, Informe N° 40/04, *Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004.

19 V. CIDH, Informe N° 69/04, *Caso San Mateo Huanchor vs. Perú*, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc.5, rev.1, octubre de 2004; e *Inuit People Petition 1413/05 vs. the United States*, December 7, 2005. Cf. Osofsky, 2007, 675–698.

20 V. CIDH, Informe N° 84/03, *Parque Natural Metropolitano de Panamá*, 22 de octubre 2003; e Informe N° 76/09, *Caso Comunidad de La Oroya vs. Perú*, 5 de agosto 2009. Cf. Spiller, 2010, 19–23; Cederstav, 2002.

sin el consentimiento de los Kichwas²¹. Los otros cuatro son relativos a los impactos adversos de la falta de demarcación de las tierras de los pueblos indígenas y cimarrones en Paraguay y en Surinam en los siguientes episodios: a) Caso *Moiwana vs. Surinam*; b) Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; c) Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*; y d) Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*²². Estos casos revelan posiciones que, inevitablemente, se desarrollaron a partir del análisis de casos que difícilmente se pueden abordar de manera rutinaria en un sistema de protección que no se inserta en las especificidades regionales de las Américas.

A modo de ejemplo, los casos de violaciones de derechos de los pueblos indígenas y tradicionales llaman la atención. En éstos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han consolidado el entendimiento de que el concepto del derecho a la propiedad privada previsto en el art. 21 de la Convención Americana no se limita al concepto occidental –que es en particular marcado por el ejercicio de derechos mercadológicos, como los derechos a la alienación, la división, la exclusión, la hipoteca y el uso y el disfrute de un bien– sino que también cubre los elementos que componen la propiedad comunal de los pueblos tradicionales²³. Reconociendo el concepto indígena de la propiedad, la Corte fortalece una óptica en la que el derecho de propiedad garantizado por la Convención Americana también se ejerce por asegurar a los pueblos tradicionales el

21 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2013, Serie C, N° 245.

22 Sobre casos de cuestiones ambientales analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, V. Teixeira, 2011, 229–286. Cf. Corte IDH, *Caso Moiwana vs. Surinam*, Sentencia del 15 de junio 2005, Serie C, N° 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio 2005, Serie C, N° 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo, 2006, Serie C, N° 146; y *Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre 2007, Serie C, N° 172.

23 V. Ankersen, 2006, 716–719; Magraw y Baker, 2007–2008, 416–418; Kiss y Shelton, 2005, 105; Shelton, 2008, 759–760; Shelton, 2002, 16.

uso de los recursos naturales en sus tierras como una forma de mantener sus hábitos culturales, como la religión, las prácticas agrícolas, la caza, la pesca y el modo de vida de su comunidad²⁴ Desde la perspectiva indígena de propiedad –inherente al fuerte enlace de los pueblos indígenas con la naturaleza– las decisiones de la Corte han demostrado que los dispositivos de la Convención Americana tienen un amplio alcance. De hecho, en el caso *Moiwana vs. Surinam* la Corte tuvo especialmente en cuenta que los miembros de una comunidad cimarrona expulsados de sus tierras tradicionales después de una masacre organizada por el ejército surinamés, vivían bajo un intenso sufrimiento psicológico debido a la lejanía de sus hábitos culturales y religiosos, intensamente relacionados con el contacto con la naturaleza y sus tierras tradicionales. Como corolario de ello, la Corte consideró que las disposiciones de la Convención Americana sobre derechos de propiedad, de circulación y residencia y libertad de conciencia y de religión estaban siendo violados²⁵.

A su vez, en el Caso *Yakye Axa vs. Paraguay* la Corte fortaleció el entendimiento de que el derecho a la vida no se limita al derecho a la supervivencia en sí, sino que se extiende a la promoción de una vida con dignidad, ejercida de forma completa con el acceso a los beneficios de la cultura, la salud, la alimentación, educación y un medio ambiente sano. En el Caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y en el Caso *Saramaka vs. Surinam*, la ineficacia o la ausencia de mecanismos judiciales capaces de asegurar a los pueblos tradicionales el derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales hicieron la Corte considerar que los Estados demandados estaban violando el art. 3 de la Convención Americana, relativo a la protección del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica²⁶.

24 “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Ibid., párr. 149).

25 V. Corte IDH, *Caso Moiwana vs. Surinam*. Ibid., párr. 87.

26 V. Ankersen y Ruppert, 2006, 726–732; Shelton, 2008, 764–770. Cf. Corte IDH, *Caso*

En la Corte Interamericana, la única decisión (aún) en torno a cuestiones ambientales no relacionadas con los grupos indígenas o tradicionales es el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sobre la negativa del Estado de Chile para proporcionar datos sobre un proyecto de deforestación a tres ciudadanos chilenos. En este caso el derecho a la libertad de expresión prevista en el art. 13 de la Convención tuvo su alcance ampliado a afirmar la necesidad de garantizar el acceso a la información, en particular sobre temas ambientales²⁷.

3. El “escribir recto en renglones torcidos” del sistema interamericano de derechos humanos

Hay que señalar que la incipiente (aunque creciente) presentación de cuestiones ambientales en el sistema interamericano sólo es posible a través de la estricta observancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Informe N° 84/03 del Parque Metropolitano de Panamá es un gran ejemplo de que el incumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana implica fatalmente la inadmisibilidad de la petición.

El 11 de agosto de 1995, el Sr. Rodrigo Noriega envió la petición N° 11.533 a la Comisión Interamericana, sobre presuntas violaciones de interés de “grupos ecológicos, cívicos y científicos” y de los derechos de propiedad de los “ciudadanos de la República de Panamá” como consecuencia de la autorización del gobierno de construir una carretera a través del Parque Metropolitano, un área de reserva ecológica, científica y cultural de Panamá²⁸. Mediante el análisis de la petición, la Comisión señaló que el art. 44 de la Convención establece que “cualquier persona o grupo de personas” tiene la autoridad para presentar una petición ante la Comisión. A pesar,

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Ibid., párr. 161–162, y 242; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Ibid. párr. 248; y *Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam,* Ibid. párr. 167 y 175.

27 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre 2006, Serie C, n° 151.

28 CIDH, Informe N° 84/03, *Parque Natural Metropolitano do Panamá.* Ibid., párr. 1–2.

sin embargo, de que la expresión “cualquier persona o grupo de personas” es amplia, la jurisprudencia interamericana establece que una petición es admisible cuando hay víctimas concretas, individualizadas y determinadas, no siendo admitidas peticiones “en abstracto”²⁹. De hecho, la naturaleza de la víctima requiere que esta sea un individuo, ya que la Comisión no tiene jurisdicción sobre los derechos de las personas jurídicas de derecho privado o público³⁰.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Comisión señaló que la Petición N° 11.533, representando “a todos los ciudadanos de Panamá”, no cumplió con el requisito de elegibilidad para la determinación de los individuos o grupos. Al afirmar que las obras afectan a “grupos ecológicos, cívicos y científicos,” la Petición N° 11.533 introdujo personas jurídicas –y no individuos– en la lista de víctimas, en consecuenta violación a la Convención Americana. Por lo tanto, la Comisión señaló su ausencia de competencia *ratione personae* para analizar el caso del Parque Natural Metropolitano³¹.

El resultado del caso Parque Metropolitano, según Dinah Shelton, deja la lección de que cuanto más amplio o abstracto es la indicación de las víctimas de violaciones de derecho garantizados por la Convención Americana –y esto ocurre comúnmente en cuestiones de daños ambientales– menores son las posibilidades de admisibilidad de un caso ante la Comisión Interamericana³².

En otras palabras, la protección del medio ambiente en el sistema interamericano ocurre por una vía refleja, indirecta, ejercida por la estricta observancia de los dispositivos de la Convención Americana. Su tutela

29 CIDH, Informe N° 84/03. *Ibid.*, párr. 28–32.

30 CIDH, Informe N° 84/03. *Ibid.*, párr. 33.

31 CIDH, Informe N° 84/03. *Ibid.*, párr. 34–37.

32 “Unfortunately, the Commission’s analysis suggests that the more widespread the violations –which can occur in many contexts where environmental harm is the origin of the complaint– the less likely the Commission will find the complaint admissible” (Shelton, 2008, 775)

surge del ejercicio de “escribir recto en renglones torcidos”³³, es decir, no surge de la preocupación ambiental en sí misma, sino de la necesidad pragmática de proteger las disposiciones de la Convención Americana, no sólo las normas sustantivas referidas a las garantías judiciales (art. 8.1), la libertad de religión (art. 12) y de expresión (art. 13) o, incluso, el derecho a la propiedad (art. 21), sino también, a las disposiciones adjetivas relativas a los requisitos de admisibilidad de un caso en el sistema interamericano (arts. 46 y 47).

3.1 La defensa del medio ambiente por la vía refleja

La técnica de la protección del medio ambiente por la vía refleja se desarrolla a partir de la idea de que, en el marco del actual derecho internacional del medio ambiente, la protección de la biósfera es eficaz a través de la indirecta y necesaria protección de los seres humanos (Kiss, y Shelton, 2005, 30–31).

La protección del medio ambiente por la vía refleja se deriva del análisis de tres concepciones sobre el medio ambiente observadas por Alan Boyle:

a) la primera utiliza los mecanismos de protección de los derechos civiles y políticos existentes como herramienta en apoyo a las causas ambientales, especialmente cuando se trata de los derechos a la información, a la participación y al desarrollo de medidas legales de protección jurídica;

b) la segunda vincula el derecho de acceso a un ambiente “saludable”, “equilibrado” y “decente” a la lista de los derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos al desarrollo o el acceso a la salud; y

c) la tercera concepción considera “la calidad ambiental”, por sí misma, un derecho colectivo de solidaridad, capaz de garantizar más a la comunidad que a los individuos el derecho de determinar cómo los bienes ambientales deben ser protegidos y manejados³⁴.

33 Según Carla Amado Gomes, la protección ambiental en los sistemas regionales de derechos humanos es un ejercicio de “escrever verde por linhas tortas” (Gomes, 2010, 163–205).

34 “First, existing civil and political rights can be used to give individuals, groups and

Según Alan Boyle, a pesar de que las tres percepciones siguen siendo válidas, la idea de que el medio ambiente en sí mismo ya se establece como un derecho a ser protegido se demuestra ineficaz a nivel internacional, porque los llamados derechos de solidaridad están envueltos en un sistema de control muy débil. Este diseño hace que se compruebe que “hay derechos que simplemente no pueden ser reclamados ante un tribunal por sus sujetos activos (titulares)” (Cançado Trindade, 2003, 187). Por lo tanto, para que una situación de este tipo no perjudique la protección al medio ambiente, el enfoque más adecuado es lo que busca un reverdecimiento (o un *greening*) de los ya existentes mecanismos de protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales³⁵

Así, el derecho al medio ambiente adquiere dos dimensiones: una individual y una colectiva. A nivel individual, lo que garantiza un ambiente sano está presente en las relaciones verticales y horizontales. Por garantías ambientales obligatorias en las relaciones verticales debemos entender las que implican las relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos. Por lo tanto, la relación vertical implica la interacción de un individuo o grupos

NGOs access to environmental information, judicial remedies and political processes. [...] A second possibility is to treat a decent, healthy or sound environment as an economic or social right, comparable to those whose progressive attainment is promoted by the 1966 UN Covenant on Economic Social and Cultural Rights. [...] The third option would treat environmental quality as a collective or solidarity right, giving communities ('peoples') rather than individuals a right to determine how their environment and natural resources should be protected and managed” (Boyle, 2010,1).

35 “The first approach is essentially anthropocentric [...] it amounts to a ‘greening’ of human rights law, rather than a law of environmental rights. The second comes closer to seeing the environment as a good in its own right, but nevertheless one that will always be vulnerable to tradeoffs against other similarly privileged but competing objectives, including the right to economic development. The third approach is the most contested. Not all human rights lawyers favour the recognition of third generation rights, arguing that they devalue the concept of human rights, and divert attention from the need to implement existing civil, political, economic and social rights fully” (Boyle, 2010. 1–2).

de individuos con instrumentos jurídicos estatales que se ocupan de la protección de los recursos naturales y de garantizar los derechos civiles y políticos, como el acceso a la información y participación en la gestión de los bienes ambientales (Cançado Trindade, 2003, 187–188).

En el plano horizontal, la protección del medio ambiente surge de la aplicación del “*Drittwirkung*” o “*third party effect*”. El *Drittwirkung* implica la efectividad de los derechos fundamentales, no sólo en la relación entre los individuos y el Estado, sino también en las relaciones jurídicas que involucran sólo a los individuos. El reverdecimiento o la “ecologización” de los derechos civiles y políticos, por lo tanto, implica en un *Drittwirkung* del medio ambiente, es decir, lo que Cançado Trindade explica cómo el “*Drittwirkung* de la doctrina alemana, aplicada a la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente”, capaz de imponer, en las relaciones entre los individuos de naturaleza contractual, laboral o de derecho civil, la observancia de normas que garanticen a las partes implicadas el derecho fundamental de contacto con un medio ambiente sano (Cançado Trindade, *Ibid.*; Engle, 2009, 165–173).

En la dimensión colectiva, la protección del medio ambiente se convierte en bien común resultado de la ecologización de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta dimensión se ha convertido en la tendencia de proteger a los grupos y comunidades que se encuentran en vulnerabilidad debido a la degradación del medio ambiente (Cançado Trindade, 1993, 89–112).

En el sistema interamericano, la defensa por la vía refleja está garantizada por el art. 19(6) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –el *Protocolo de San Salvador*, de 17 de noviembre de 1988– que establece que la presentación de casos relativos a violaciones de sus dispositivos³⁶ al sistema interamericano sólo es posible por la demostración de sus interconexiones con las disposiciones de la Convención Americana³⁷.

36 Excepto en casos de violaciones a el párrafo “a” del art. 8 y del art. 13 del Protocolo (relativos, respectivamente, a los derechos sindicales y al derecho a la educación).

37 “Se um peticionário simplesmente sustenta que uma decisão por um tribunal nacio-

Así, para que cuestiones relativas al derecho de acceso a un ambiente sano, protegido por el art.11 del Protocolo de San Salvador, sean analizadas por la Comisión y por la Corte Interamericana, es necesario demostrar que el presunto caso de degradación del medio ambiente implica violaciones de los dispositivos de la Convención Americana.

Las disposiciones de la Convención que se relacionan estrechamente a las cuestiones ambientales son: a) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º); b) el derecho a la vida (art. 4º); c) las garantías judiciales (art. 8.1); d) la tutela judicial efectiva (art. 25); y e) el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de cualquier índole de discriminación (art. 1.1) (Mazzuoli y Teixeira, 2013, 309).

3.2 Efectos de la ecolización de la Corte

La estricta observancia de los dispositivos de la Convención Americana para que una cuestión ambiental sea amparada por el sistema interamericano es de hecho un obstáculo a la protección internacional del medio ambiente. Sin embargo, es necesario destacar que dentro del actual marco normativo internacional, marcado por la fragilidad o por normas de “eficacia relativa” que protegen el medio ambiente por sí mismo, la técnica de la protección ambiental por la vía refleja o indirecta parece ser una vía importante de maduración y mejora de los mecanismos destinados a defender no sólo el medio ambiente sino también los derechos humanos (Cançado Trindade, 2003, 191) que son –sin duda– dos de los temas más importantes de la posmodernidad jurídica.

En el sistema interamericano, el hecho de que la mayoría de los casos ambientales se ocupan de violaciones de los derechos de las comunidades indígenas y tradicionales, llevó a la adopción de posiciones, por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana, que difícilmente se pueden abordar de manera rutinaria en un sistema de protección de los derechos humanos que no está inserta en las especificidades regionales de América. Por cierto que percibimos en estas posiciones la presencia cada vez más

nal foi errada em termos da legislação interna, sem alegar violação da Convenção, a petição será rechaçada” (Rodríguez-Pinzón y Martín, 2006, 68–69).

frecuente de los elementos del “derecho posmoderno”, como el reconocimiento del pluralismo, de la comunicación intercultural, de la valoración de los sentimientos humanos y de las normas narrativas (Jayme, 1995, 9–267; Mazzuoli, 2015, 199–212).

El reconocimiento del pluralismo se verifica desde el entendimiento de que el alcance de las disposiciones de la Convención Americana no se limita a los valores culturales occidentales. A modo de ejemplo, la Corte Interamericana, en el Caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, al concluir que los derechos de propiedad de comunidades indígenas fueron violados por los daños ambientales causados por la explotación forestal irregular de sus tierras tradicionales, se ha demostrado que la protección de los derechos de propiedad garantizada por el art. 21 de la Convención Americana se extiende (a) a la percepción occidental de los derechos de propiedad, de forma similar a una especie de “commodity de mercado” (Ankersen y Ruppert, 2006, 684) relacionada con el derecho de un individuo a “usar, gozar y disponer de sus bienes”, y también (b) al concepto de propiedad comunal de los pueblos indígenas, ejercido para garantizar a estos pueblos el uso de los recursos naturales de sus tierras tradicionales como una forma de mantener sus hábitos culturales, como la religión, las prácticas agrícolas, la caza, la pesca y las formas la vida de sus comunidades³⁸.

La Corte Interamericana también ha expresado su preocupación por

38 “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. *Ibíd.*, par. 149). Cf. Barstow Magraw y Baker, 2007–2008, 416–418.

el llamado “retorno del sentimiento humano”. En el Caso *Moiwana vs. Surinam*, la constatación de que el sufrimiento psicológico de los cimarrones que estaban lejos de sus tierras tradicionales –porque se sentían perturbados por la “ira de los espíritus de los muertos” de una masacre promovida por las fuerzas armadas de Surinam contra la comunidad N’djuka– llevó a la Corte desarrollar el concepto de daño “espiritual”, debido a las violaciones de dispositivos de la Convención Americana relacionados con el derecho a la integridad personal, garantías judiciales y la protección, los derechos de propiedad y el derecho de circulación y residencia. Más que una expresión, la preocupación por el “daño espiritual” causado a los demás indica que el entendimiento o comprensión de los sentimientos humanos es un elemento importante en la búsqueda de la mejor solución a un conflicto judicial³⁹.

Al analizar el Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sobre la negativa del gobierno de Chile para proporcionar información sobre un proyecto de deforestación a cuatro ciudadanos, la Corte reforzó el entendimiento

39 “Se ha demostrado claramente que los miembros de la comunidad tienen la convicción de que no podrán regresar a su territorio ancestral mientras no obtengan justicia por los hechos de 1986. Andre Ajintoena declaró que después del ataque visitó el área junto con otras personas sólo para recolectar información y sacar fotos del lugar. Una vez que el grupo hubo terminado, algunos de sus integrantes se sintieron enfermos; según el señor Ajintoena, se dieron cuenta de que ‘las cosas no estaban bien, no era apropiado, porque de acuerdo con nuestra cultura uno no puede regresar al lugar sin haber hecho arreglos’. Al haber regresado sin “aplicar las reglas religiosas [y] culturales’ –es decir, realizar los rituales mortuorios necesarios y alcanzar reconciliación con los espíritus de quienes fallecieron en el ataque de 1986 (*supra* párrs. 86.7 a 86.9)– el señor Ajintoena y quienes le acompañaban creían haber ofendido seriamente a esos espíritus y, como consecuencia, empezaron a sufrir enfermedades físicas y psicológicas. Todos los miembros de la comunidad que testificaron ante la Corte expresaron temores similares con respecto a espíritus vengadores, y afirmaron que sólo podrían vivir en la aldea de *Moiwana* nuevamente si se purificaran primero sus tierras tradicionales” (Corte IDH, *Caso Moiwana vs. Surinam*, *Ibíd.*, párr. 113).

de que el término “libertad de pensamiento y de expresión”, contenido en el art. 13 de la Convención Americana, también incluye el “derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”⁴⁰. Este punto de vista se basa en particular en la conclusión de que el Estado chileno debe observar el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que asegura a “todo individuo” el “acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan autoridades públicas”⁴¹.

En otras palabras, la Corte Interamericana, en el Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, se utilizó la valoración de las normas narrativas, es decir, la idea de que los valores contenidos en las normas de *soft law* (Principio 10 de la Declaración de Río) pueden ayudar a entender el alcance de las normas del *hard law* (art. 13 de la Convención Americana). Este es el fenómeno de la “emergencia de las normas narrativas”, explicada por Erik Jayme como la necesidad de buscar la comprensión de la ley no sólo desde la comprensión de la función de una norma, sino también desde los valores insertos en ella (Jayme, 1995, 87). En este sentido, las normas de *soft law* pueden cumplir esta función como la composición de los códigos de conducta, principalmente estructurados por principios como la buena fe, que guían las relaciones jurídicas estructuradas por las normas tradicionales del *hard law*.

40 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *Ibid.*, párr. 76.

41 “... En la última Resolución de 3 de junio de 2006, la Asamblea General de la OEA ‘instó a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva’. [...] En igual sentido se debe destacar lo establecido en materia de acceso a la información en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *Ibid.*, párr. 78–81). Cf. Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada del 3 a 14 junio 1992.

La comunicación intercultural –otro elemento de la posmodernidad– se muestra en decisiones marcadas por el “diálogo de las fuentes”, es decir, la búsqueda de la solución de un caso no sólo por la aplicación de una única fuente del derecho, sino por la aplicación de la fuente más favorable a la protección los derechos humanos, independientemente de que dicha norma esté presente en un tratado internacional o en la legislación nacional (Mazzuoli, 2010, 129–177; Gomes y Mazzuoli, 2010, 206–207).

En el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, el diálogo de las fuentes fue utilizado cuando la Corte Interamericana, para decidir sobre la demarcación de las tierras indígenas, analizó las disposiciones de la Convención Americana, de la Convención 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales y las normas constitucionales e infra-constitucionales del derecho interno paraguayo⁴². La misma técnica se utilizó en el Caso Saramaka vs. Surinam, cuando la Corte consideró que, a pesar de la ausencia en las leyes nacionales surinamesas de cualquier protección de los derechos de propiedad comunal de los pueblos tribales, el Estado demandado había incorporado a su ordenamiento jurídico los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, que garantizan los derechos fundamentales (como los derechos de propiedad) a “todos los pueblos”⁴³ sin ningún tipo de discriminación. Por lo tanto, la Corte concluyó que la falta de reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria de los cimarrones de Saramaka implicaba violación del art. 21 de la Convención Americana, relacionado al derecho de propiedad⁴⁴.

El diálogo entre los artículos de la Convención Americana y las normas de otros tratados internacionales y de la legislación nacional, con miras a la aplicación de la más beneficiosa al ser humano, está garantizado en el art. 29, b, de la Convención Americana, que no permite ninguna interpretación con el objetivo de limitar el alcance de los dispositivos, no

42 V. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 140.

43 V. art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art.1del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

44 V. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. cit., par. 93.

sólo de la propia Convención, sino también de otros tratados internacionales ratificados por los Estados Parte.

La técnica de la interpretación *pro homine* garantizada por cláusulas dialógicas como el art. 29, b, de la Convención, es una alternativa al “monismo clásico”, incapaz de diferenciar “normas internacionales por su contenido”, una vez que entra en juego la temática de los derechos humanos, hay que ceder el paso al “diálogo” entre las fuentes de protección internacional y nacional con el fin de elegir “la mejor” o “la norma más beneficiosa” que se aplicará al caso que se analiza (Mazzuoli, 2011, 90).

La adopción de un monismo más dialógico (Mazzuoli, 2010, 50–51) es una gran contribución del sistema interamericano al fortalecimiento del derecho posmoderno, ya que el diálogo entre las fuentes más heterogéneas, desde los convenios internacionales a los sistemas nacionales, permite a los “jueces coordinar estas fuentes y escuchar lo que dicen” (Jayme, 1995, 259).

Otro efecto del “diálogo de las fuentes del derecho”, consiste en reforzar la percepción de que el trabajo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es complementario y de apoyo al derecho interno. Es decir, el sistema interamericano asume que la primacía de la defensa de los derechos humanos pertenece a los Estados; por lo que los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos en ningún momento son rivales de la jurisdicción de los Estados, pero les ayudan indicando los principios que deberán adoptar a nivel nacional, con miras a la promoción de un propósito común a los Estados de la comunidad internacional: la protección más rápida y efectiva de estos derechos (Ayala Corao, 2004, 27).

Por lo tanto, en la misma forma que el art. 29, b, de la Convención Americana, establece que sus disposiciones deben ceder paso a la legislación nacional o de otros tratados ratificados por un Estado cuando estos dispositivos resultan más beneficiosos para los seres humanos, también deben aplicar los Estados, en su contexto nacional, las disposiciones de la Convención Americana cuando estas se prueban más efectivas a la protección de los derechos humanos que las normas de la legislación interna (Gomes y Mazzuoli, 2010, 209). En otras palabras, la utilización por la Comisión y por la Corte Interamericana del “diálogo de las fuentes del

derecho” en temas ambientales es una importante contribución del sistema interamericano, no sólo a la solución de casos a nivel internacional sino, sobre todo, a las relaciones jurídicas internas, ya que el estudio y el análisis de dichas técnicas interpretativas debería proporcionar un incentivo a los Estados Parte de la Convención sobre la adopción en sus respectivos sistemas jurídicos de actitudes más eficaces para la solución de conflictos y la protección del medio ambiente y de los derechos humanos.

4. Conclusiones

La protección jurídica del medio ambiente a nivel internacional, garantizado por los principios de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972) y la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro (1992), está estructurada por un sistema de conferencias que, si por una parte permite la aceleración de la entrada en vigor de sus decisiones a través de la adopción de normas de *soft law*, por otra, no tiene el poder de imponer sanciones a los Estados incumplidores de tales normas. Sin embargo, desde otro ángulo, las Declaraciones de Estocolmo y Río permiten interrelaciones entre las cuestiones ambientales y las cuestiones de derechos humanos que ya son amparadas por sistemas de protección más desarrollados.

Así, la percepción de que el acceso a un ambiente “saludable”, “equilibrado” y “decente” es una forma de protección de los derechos civiles y políticos (como el derecho a la información, la participación política y el desarrollo de medidas legales de protección) o, por otra parte, de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (como los derechos al desarrollo y el acceso a la atención médica), ha logrado que cuestiones ambientales sean incorporadas a los asuntos relacionados con la protección de los derechos humanos de la primera dimensión. Por lo tanto, la inclusión de las cuestiones ambientales en el sistema interamericano sólo es posible mediante la vinculación de estos a los dispositivos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se debe reconocer que la estricta observancia de las disposiciones de

la Convención Americana para que una cuestión ambiental sea introducida al sistema de la Comisión y de la Corte Interamericana es un obstáculo a la celeridad de la protección internacional del medio ambiente. Sin embargo, cabe que señalar que en la actual estructura normativa internacional, marcada por la debilidad o por normas de “eficacia relativa” de protección del medio ambiente por sí mismo, la protección ambiental por la vía refleja o indirecta se demuestra como importante ruta de maduración y de mejora de los mecanismos de protección, no sólo del medio ambiente, sino también de los derechos humanos.

Ahora bien, el sistema interamericano no puede ser visto como una tabla de salvación de la protección del medio ambiente y de los derechos humanos en sustitución del papel de los Estados Parte de la OEA. Por el contrario, su papel es complementario a los Estados, quienes sí tienen la primacía de la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, el propósito del sistema interamericano es inducir o fomentar conductas internas compatibles con el objetivo común de la comunidad internacional: la mejora de las políticas destinadas a garantizar los derechos fundamentales.

En este sentido, el estudio de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre el acceso a un medio ambiente sano y sus interconexiones con la garantía de los derechos fundamentales no sólo permite una mejor comprensión del alcance de las cuestiones ambientales, sino que además indica especialmente que las técnicas interpretativas de la Comisión y de la Corte Interamericana contribuyen a la mejora de la protección del medio ambiente y de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados Parte.

5. Bibliografía

- Ankersen, Thomas T. y Ruppert, Thomas K. 2006. Defending the polygon: the emerging human right to communal property. *Oklahoma Law Review* 59: 681–757.
- Ayala Corao, Carlos M. 2004. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. *Revista del Tribunal Constitucional* 6: 27.

- Barstow Magraw, Daniel y Baker, Lauren. 2007–2008. Globalization and communities: community-based property rights and prior informed consent. *Denver Journal of International Law and Policy* 35: 413–428.
- Boyle, Alan. 2010. *Human rights and the environment: a reassessment*. UNEP: Human Rights and Environment.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. 1993. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. 2003. *Os direitos humanos e o meio ambiente. Direitos humanos: novas dimensões e desafio*, edited by Janusz Symonides. Brasília: UNESCO Brasil/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 162–203.
- Cederstav, Anna K. y Alberto Barandiarán G. 2002. *La Oroya cannot wait*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Engle, Eric. 2009. Third party effect of fundamental rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review* 5: 165–173.
- Fix-Zamudio, Héctor. 1991. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Garfield, Seth. 2004. A nationalist environment: indians, nature and the construction of the Xingu National Park in Brazil. *Luso-Brazilian Review* 41: 139–167.
- Gomes, Carla Amado. 2010. *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito.
- Gomes, Luiz Flávio y Valerio de Oliveira Mazzuoli. 2010. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Jayme, Erik. 1995. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé post-moderne. *Recueil des Cours* 251: 9–267.
- Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah. 2007. *Guide to international environmental law*. Koninlijke Brill, NV, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah. 2005. *Judicial handbook on environmental law*. Nairobi: United Nations Environment Programme.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira. 2010. Monismo internacionalista dialógico. *Revista Jurídica Consulex* 14: 50–51.

- Mazzuoli, Valerio de Oliveira. 2010. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*. São Paulo: Saraiva.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira. 2011. *Curso de direito internacional público*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira. 2015. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 199–212.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira e Carlos Teodoro Hugueneu Irigaray (eds). 2009. Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares. Cuiabá: Cathedral.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira y Teixeira, Gustavo de Faria Moreira. 2013. Greening the Inter–american human rights system. *L'Observateur des Nations Unies* 33: 299–313.
- Mitchell, Ronald B. 2006. Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements. *Global Environmental Politics* 6: 72–89.
- Osofsky, Hari M. 2007. Inuit petition as a bridge? Beyond dialectics of climate change and indigenous people's rights. *American Indian Law Review* 31: 675–698.
- Piovesan, Flávia. 2005. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania* 1: 49–76.
- Rodríguez–Pinzón, Diego y Claudia Martín. 2006. *A proibição de tortura e maus–tratos pelo sistema interamericano: um manual para vítimas e seus defensores*, traducido por Regina Vargas. Genebra: World Organization Against Torture (OMTC).
- Sands, Philippe (ed.). 1993. *Greening international law*. London: Earthscan Publications Limited.
- Shelton, Dinah. 2008. Environmental rights and brazil's obligations in the inter–american human rights system. *George Washington International Law Review* 40: 733–777.
- Shelton, Dinah. 2002. Human rights, health and environmental protection: linkages in Law and practice. En *Health and human rights working paper series*. Geneve: World Health Organization, 3–22
- Shiva, Vandana. 2001. *Biopirataria: a pilhagem do conhecimento*, traducido por Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes.

- Soares, Guido. 2001. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas.
- Soares, Guido. 2003. *A proteção intencional do meio ambiente*. Barueri: Manole.
- Soares, Guido. 2009. Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável, Joanesburgo, 2002. En *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*, organizado por Valerio de Oliveira Mazzuoli y Carlos Teodoro Huguene y Irigaray. Cuiabá: Cathedral.
- Sousa Santos, Boaventura de. 1997. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova* 39: 105–201.
- Spiller, Paula. 2010. The La Oroya case: the relationship between environmental degradation and human rights violation. *Human rights brief* 18: 19–23.
- Teixeira, Gustavo de Faria Moreira. 2011. *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá.
- Varvarigos, Dimitrios. 2010. Environmental degradation, longevity and the dynamics of economic development. *Environmental and Resource Economics* 46: 59–73.

5.1 Jurisprudencia

5.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)

- Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre 2006, Serie C, nº 151.
- Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo, 2006, Serie C, Nº 146.
- Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio 2005, Serie C, Nº 125.
- Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, nº 79. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso el 18-04-2015).
- Caso *Moiwana vs. Surinam*, Sentencia del 15 de junio 2005, Serie C, Nº 124.

Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre 2007, Serie C, N° 172.

Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2013, Serie C, N° 245.

5.1.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Informe N° 30/04, *Solución Amistosa Mercedes Julia Huentes Beroiza*, 11 de marzo de 2004.

Informe N° 40/04, *Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004.

Informe N° 69/04, *Caso San Mateo Huanchor vs. Perú*, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc.5, rev.1, octubre de 2004.

Informe N° 76/09, *Caso Comunidad de La Oroya vs. Perú*, 5 de agosto 2009.

Informe N° 84/03, *Parque Natural Metropolitano de Panamá*, 22 de octubre 2003.

Inuit People Petition 1413/05 vs. the United States, December 7, 2005.

Medida Cautelar MC-382/10, en favor de las comunidades tradicionales de la cuenca del río Xingu, Pará, Brasil, el 11 de noviembre, 2009.

Resolución 12/85, Caso No. 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, en Informe Anual de la CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev.1, 1 de octubre de 1985, 24, 31 (Caso Yanomami).

5.1.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Caso *Ana María Guerra y otros vs. Italia*, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Aplicaciones 116/1996/735/932.

Caso *Fadeïeva vs. Rusia*, Sentencia del 9 de junio 2005, Aplicación 55723/00.

Caso *Giacomelli vs. Italia*, Sentencia del 2 de noviembre 2006, Aplicación 59909/00.

Caso *Hatton y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97.

Caso *López Ostra vs. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación 16798/90.

Caso *Moreno Gómez vs. España*, Sentencia del 16 de noviembre 2004, Aplicación 4143/02.

Caso *Öneryildiz vs. Turquía*, Sentencia del 18 de junio 2002, Aplicación 48939/99.

Caso *Powell y Rayner vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1990, Aplicación 9310/81.

Caso *Tatar vs. Rumania*, Sentencia del 27 de enero 2009, Aplicación 67021/01.

Caso *Taskin y otros vs. Turquía*, Sentencia del 10 de noviembre 2004, Aplicación 46117/99.

Los derechos humanos desde la perspectiva del análisis económico del derecho

Alejandro Celi de La Mota

Master en Análisis Económico del Derecho,
Universidad Complutense de Madrid (España).

Profesor en Ciencias Jurídicas,
Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina).

Posgrado en Análisis Económico del Derecho,
Harvard Law School (Estados Unidos).

Doctorando en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España).

Resumen: El presente trabajo muestra de manera simple y precisa el sentido y alcance del análisis económico del derecho y sus implicancias en el ámbito de los derechos humanos. Exhibe las bases estructurales y metodológicas que hacen del análisis económico del derecho una herramienta eficaz para la comprensión y desarrollo de los instrumentos jurídicos internacionales. Asimismo, fija líneas de proyección que podrán reflejarse en el proceder diario de los operadores jurídicos que actúan en el ámbito de los derechos humanos.

Palabras clave: análisis económico del derecho; tratados internacionales; derechos humanos; eficiencia.

Abstract: In this paper, the meaning and scope of economic analysis of law and its implications in the field of human rights is presented in a simple and accurate fashion. The Structural and methodological foundations that make the economic analysis of law a tool for the purpose of full understanding and development of international legal instruments are presented. It also marks lines of procedure that will reflect on the daily operation of those working with Human Rights.

Keywords: economic analysis of law; international treaty; human rights; efficiency.

Artículo recibido: 20/03/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. Evolución del análisis económico del derecho
3. Postulados estructurales del análisis económico del derecho
 - 3.1 Eficiencia
 - 3.2 Racionalidad
 - 3.3 Normas como precios
4. Metodología de investigación del análisis económico del derecho
5. Críticas al análisis económico del derecho
6. Interrelación entre los derechos humanos y el análisis económico del derecho
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo de investigación es realizar un aporte novedoso y original en torno a la concepción de los derechos humanos partiendo de la perspectiva del análisis económico del derecho como una metodología de investigación aún novedosa en cuanto a sus implicancias, proyecciones y parámetros de estudio.

El análisis económico del derecho, conocido en el mundo anglosajón bajo la denominación de *law and economics*; constituye una de las escuelas que ha efectuado múltiples críticas a las instituciones tradicionales del derecho, tanto de raíz romana continental como del *common law*.

La metodología de investigación abarca el estudio de los objetivos y funciones de las disposiciones normativas, reflexionando sobre la teoría jurídica vigente, como así también la estructuración de sus preceptos, cuerpos normativos e instituciones.

La utilización de herramientas propias de la economía, más específicamente de la microeconomía, como la teoría de precios, la moderna teoría de la oferta, de la demanda y de los mercados de producto, así como de la denominada economía de la regulación, constituyen los pilares sobre los que se basa el análisis económico del derecho.

No obstante lo anteriormente manifestado, debemos reconocer ciertos límites, ya sean de carácter interno como externo, respecto del campo de aplicación genérico en el mundo jurídico; lo cual resulta ante todo clarificador, en tanto y en cuanto la mencionada metodología de investigación no pretende bajo ninguna circunstancia convertirse en un criterio absoluto y excluyente de las demás posturas metodológicas.

Antes de comenzar el estudio pormenorizado desde esta particular perspectiva de los derechos humanos, efectuaremos una somera referencia histórica a efectos de ubicar temporalmente el desarrollo científico de esta corriente doctrinaria, como asimismo para aquellos neófitos que carezcan de una base que les permita asimilar los postulados fundamentales sobre los que discurre el análisis económico del derecho.

No se pretende agotar con el presente trabajo el estudio e investigación de este tópico, tan sólo brindar una visión esclarecedora para permitir, a través de un proceso dialéctico, el surgimiento de argumentaciones y contra-argumentaciones que decanten en la superación de las inocuas barreras que limitan el saber jurídico contemporáneo.

2. Evolución del análisis económico del derecho

En sus orígenes más remotos encontramos las obras de Jeremy Bentham y Adam Smith en torno a la explicación integral de las relaciones sociales, políticas y jurídicas como punto de partida de los postulados angulares del análisis económico del derecho.

Así, en su clásica obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, señala Smith la existencia de una libertad de índole natural y el rol marcadamente secundario de la labor estatal arbitrándose todos los medios necesarios a fin de garantizar la mencionada libertad del hombre.

Adam Smith elaboró su pensamiento sobre tres principios esenciales:

1. El impulso psicológico fundamental del hombre, como agente económico, es el afán de lucro.

2. La existencia de un orden natural primigenio que determina que los esfuerzos individuales se coordinen para la consecución del bien común.

3. La imperiosa necesidad de abstenerse de efectuar cualquier intervención que menoscabe o altere el proceso económico.

En base a ello, la noción de justicia que se desprende es el de la ciega obediencia a la norma en el contexto social, desprendiéndose la utilidad social de las normas en relación a la conveniencia o no de las mismas dependiendo el mayor bienestar en la comunidad.

El núcleo sobre el cual se estructura toda acción del hombre es la utilidad individual que se proyecta en utilidad social en base a la premisa que existe una relación de coordinación y cooperación entre los individuos.

Ello lleva a Smith a indicar que la sociedad, como ámbito de las relaciones intersubjetivas de los individuos, encuentra condicionado su desarrollo a la riqueza que sea capaz de generar por el trabajo de cada uno de los individuos, funcionando correctamente en la medida en que la división y la distribución del trabajo sean óptimas.

Por su parte, Bentham plantea en su obra *Los principios de la moral y la legislación* que el interés propio prima sobre todos los restantes y, por ende, el denominado principio de auto-preferencia se erige como fundamento base sobre el cual se articula el estudio de la conducta en su dimensión social.

Señala este autor que la causa eficiente de toda acción humana radica en el propio interés, que es entendido como la expectativa de placer o dolor, afectando el proceder del hombre en el trato con los demás, actuando siempre a la espera de recibir la misma respuesta de parte de otro.

Opera una sustitución del marco referencial, ya que se trasciende el campo deóntico por uno pragmático, la búsqueda de interés propio, siendo el mismo de tipo constante, uniforme, permanente y generalizado; el único marco sustentable para la elaboración de un sistema integral de la sociedad.

El origen más próximo del análisis económico del derecho lo encontramos en el artículo *El problema del costo social* del Premio Nobel de economía Ronald Coase¹, en la cual se verifica una fundamentación

1 Ronald Coase "The problem of the Social Cost" *Económica* 4 (1937)

sustancialmente práctica entorno a dicho asunto, influido por la corriente del pensamiento pragmático estadounidense.

Como primera aproximación del análisis económico del derecho, los operarios jurídicos restringen la utilización de las herramientas económicas a las áreas en que el comportamiento de los sujetos tiene lugar, en lo que se denomina, mercado tradicional, es decir: derecho tributario, de la competencia, de la regulación económica y de los servicios públicos.

En una segunda aproximación, la aplicación del análisis económico del derecho se extendió a las áreas de la ciencia jurídica donde el pensamiento económico no tenía incidencia, como en el derecho de daños, el derecho contractual, el derecho administrativo e incluso el derecho penal. Se destacan los aportes efectuados por Guido Calabresi en su artículo de 1961 “Sobre la interpretación económica de la responsabilidad civil” y Gary Becker con su obra “Sobre la economía de la discriminación” de 1960.

En la actualidad discurre lo que se conoce como tercera etapa del análisis económico del derecho, que se caracteriza por la especialización sobre todas y cada una de las ramas del derecho, abarcando tanto a la filosofía jurídica, a los derechos humanos y al derecho ambiental, entre otros. Así también debemos señalar el surgimiento de ciertos autores, como Carl Cuestin, quienes hablan de una superación del enfoque economicista de vertiente neo-clásica y la fundamentación de una visión económica de tipo alternativa.

3. Postulados estructurales del análisis económico del derecho

Podemos señalar, de conformidad con los exponentes más destacados del análisis económico del derecho (Posner, et al, 2011, 18–141; Calabresi, 1961; Becker, 1968), que los principales presupuestos sobre los cuales se estructura esta disciplina, así como sus críticas, son:

... la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales, racionalidad del comportamiento de los individuos, y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos (Posner et al., 2011, 22).

3.1. Eficiencia

La eficiencia se constituye, en el análisis económico del sistema jurídico, en una especie de piedra filosofal, a cuyo descubrimiento se orientan todos los esfuerzos (Kluger et al., 2006, 38). Como primer postulado, antes de proceder a cualquier consideración sobre este concepto, existe el deber de definir qué entendemos por eficiencia.

Tradicionalmente, en la ciencia económica se han propuesto distintas definiciones sobre la eficiencia. Así encontramos: una eficiencia en el intercambio, cuando los bienes se intercambian de manera tal que los individuos intervinientes se benefician, sin implicar perjuicio hacia terceros; eficiencia en la producción que se obtiene cuando con la idéntica cantidad de factores de producción se logra una mayor producción de bienes y servicios sin que ello implique una disminución de otros bienes y servicios; también podemos hacer mención de una eficiencia en la combinación de productos, que puede darse cuando la modificación de combinaciones puesta a disposición de los consumidores logra una mayor utilidad para alguno de ellos, sin que esto implique un menoscabo hacia otros consumidores.

Todo ello pone de relieve que, en las sociedades que han escogido el sistema capitalista o de libre mercado como forma de estructuración de la economía, la eficiencia como criterio de valoración de los resultados en su funcionamiento, resulta determinante para la evaluación y corrección de sus fallos.

Las escuelas contemporáneas del análisis económico del derecho intentan superar la ambigüedad mediante un criterio único de eficiencia, utilizando distintas reglas de convalidación, entre las cuales encontramos: el *Óptimo de Pareto*, el *Óptimo de Kaldor-Hicks* y la *Eficiencia de Posner* (Ibíd., 38).

3.1.1. Óptimo de Pareto: Es de intensa aplicación en el análisis económico del derecho. Este criterio implica la imposibilidad de identificar una situación en la cual uno de los agentes económicos se encuentre en una mejor posición sin que ello ocasione un menoscabo hacia otro agente económico, es decir, que la mejora paretiana es una situación mejor que otra si uno o más agentes se benefician con el cambio, sin que ello envuelva un perjuicio para otros agentes.

3.1.2. Óptimo de Kaldor-Hicks: De conformidad con este criterio una determinada situación es preferible a otra si los agentes económicos beneficiados por tal situación se encuentran dispuestos a compensar plenamente a otros agentes económicos cuya situación resulta perjudicada por el beneficio de los primeros agentes.

3.1.3. Óptimo de Posner: Este criterio evalúa las situaciones económicas en función del precio que están dispuestos a pagar los agentes económicos respecto de los bienes y servicios, y si los mismos obtienen una mayor satisfacción en función de la contraprestación que efectuarán, podemos decir que se trata de una situación susceptible de eficiencia.

A todos los efectos, consideramos como criterio de referencia el señalado por Posner. Por lo tanto, entendemos por eficiencia el criterio que implica la maximización de la riqueza, suponiendo desde la perspectiva jurídica que habrá eficiencia cuando la asignación de recursos, que por sí mismos son escasos y limitados, es efectuada por el ordenamiento jurídico.

Siendo su contribución la mayor riqueza en bienes y servicios por parte de los agentes económicos afectados por las disposiciones legales, garantizan por otra parte la posibilidad de su protección, así como su multiplicación en un sistema de economía de mercado.

Cuanta mayor riqueza entre los agentes económicos se establezca por las instituciones legales, mayor será la eficiencia que posee el sistema jurídico.

3.2. Racionalidad

Señala el referido autor (Posner et al., 2011, 27), que en sentido formal la racionalidad en el análisis económico implica que toda elección de los agentes económicos tiene su basamento en el supuesto de que sus preferencias poseen las propiedades de ser completas, reflexivas, transitivas y continuas.

Es decir, que el conjunto de preferencias sea completo implica que el individuo tiene cabal conocimiento de la totalidad de opciones y su relevancia para su ordenación; la transitividad comprende que el individuo prefiere sus opciones sobre un criterio lógico consecuencial; la continuidad entraña que en caso de existir pluralidad de alternativas que ocupan

una posición superior entre las mismas, se optará por la superior; y la reflexividad permite a los individuos ordenarlas según una determinada función de utilidad.

La racionalidad, como presupuesto del análisis económico, implica que el individuo en una situación determinada orientará sus acciones de manera tal que buscará el mayor grado de satisfacción de sus necesidades de conformidad con los recursos que disponga, que existan supuestos excepcionales respecto a los cuales sean cuestionables este presupuesto no lo invalida de ningún modo como presupuesto general siendo, como señala Becker, el que mejor explica las causas del comportamiento humano tanto dentro como fuera del mercado.

3.3 Normas como precios

Las normas jurídicas, según Posner (Kluger et al., 2006, 39), funcionan como un sistema de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio (valor).

En la economía aplicada al derecho, el precio es una relación de valor entre diversas alternativas, por lo cual toda elección por parte del agente económico necesariamente implica un precio. Este presupuesto debe entenderse como uno de los mayores aportes del análisis económico, ya que genera una nueva visión del ordenamiento jurídico desde el punto de vista del génesis normativo de las reglas jurídicas, su integración, interpretación y su aplicación por parte de los agentes económicos.

En síntesis, podemos indicar que en el esquema básico del análisis económico del derecho las normas jurídicas inciden en las preferencias de los individuos, ya sea creándolas, suprimiéndolas o reordenándolas.

Reflexionando sobre estos tres presupuestos, a los que consideramos como constituyentes del análisis económico del derecho, podemos determinar la metodología que emplearemos a los efectos de investigar su implicancia en el ámbito de los derechos humanos y, más específicamente, la interrelación entre el análisis económico del derecho y la protección de los derechos humanos.

4. Metodología de investigación del análisis económico del derecho

Al hacer referencia a la perspectiva metodológica, estamos indicando la evaluación de los objetivos y funciones de la normativa jurídica como también la reflexión sobre la denominada teórica jurídica,

Partimos desde la modalidad concreta del relativismo jurídico en que todos los valores asumidos por el ordenamiento jurídico pueden ser reducidos a preferencias racionales de los individuos.

El análisis económico se presenta, desde la mencionada perspectiva metodológica, como un mecanismo de rectificación de las fallas de mercados, considerando la premisa de que en todo mercado consta la posibilidad de que existan fallas, lo que no son otra cosa que desajustes de precios, no constituyendo el análisis económico del derecho un mecanismo de corrección de las fallas concretas de mercado.

El análisis económico del derecho se comporta como un factor incentivador de la conducta legalmente óptima, en la medida que promueve la tan mentada eficiencia económica, sirviendo de incentivo a la conducta del legislador hacia el óptimo, así como también, la incentivación (motivación) de la reconfiguración del ordenamiento jurídico en su conjunto apoyando las necesidades de innovación social, es decir, como un instrumento racionalizador de soluciones jurídicas.

Ello no obsta la posibilidad de que distintas metodologías propias de las ciencias jurídicas ubicadas en el positivismo jurídico, como el denominado pragmatismo jurídico, el método de la jurisprudencia de intereses, la metodología de la argumentación o de otras ciencias sociales, ya sean metodologías derivadas de la ciencia económica, sociológica o de cualquier otra, resulten compatibles con el análisis económico del derecho.

5. Críticas al análisis económico del derecho

En base a lo expuesto anteriormente, podemos señalar que una importante parte de la doctrina iusfilosófica moderna rechaza al análisis económico del derecho como a sus conclusiones, aduciendo un supuesto reduccionismo de corte economicista.

El quid en torno al estudio del derecho requiere, desde la perspectiva de los autores contrarios al mencionado análisis, la contemplación del bienestar de la comunidad como un valor social, no siendo susceptible de una mera cuantificación. La existencia del mercado no es sacrosanta, las instituciones, el ordenamiento jurídico y la consecución del bien común no pueden ni deben quedar supeditados a la obtención de una mayor eficiencia. Esto es, que el beneficio que se pueda obtener no puede ser considerado independientemente de los costos sociales ni de la plena consideración del ser humano en todas sus aristas.

La visión del *homo economicus* que predica el análisis económico del derecho no tiene en cuenta distintas variantes de la existencia del ser humano, que no cabe la restricción que intenta efectuarse sobre el individuo como un agente racionalizador carente de emociones o de proyecciones metafísicas.

Se señala que no existe en el análisis económico del derecho un concepto armonioso en torno a la eficiencia, presentándose por el contrario múltiples y variadas definiciones que responden a diversas escuelas del pensamiento económico. Esa plurivalencia lingüística conspira contra la tan mentada precisión que pretende el análisis económico del derecho.

El modelo neo-clasicista económico del que parte la terminología del análisis económico del derecho no contempla la noción compleja de utilidad que depende de la visión de cada individuo, y por ende resulta posible inducir medidas previsibles de utilidad observándose un determinado tipo de labor en un grupo etario particular.

Resulta por demás evidente que la aplicación del análisis económico del derecho puede ocasionar una confrontación con los fines genéricos perseguidos por la teórica económica neoclásica, atento a la abstracción que entraña la particular concepción de justicia que se sostiene, quedando supeditada una vasta raigambre de normas jurídicas a los postulados axiológicos que proclama el análisis económico del derecho.

Las posiciones iusnaturalistas señalan que, a pesar de su mentada científicidad, el análisis económico del derecho encubre un marcado relativismo jurídico tal como se desprende de toda axiología que queda reducida a meras preferencias por parte de los individuos como agentes

económicos y, en virtud de ello, el individuo como sujeto de las normas jurídicas y justiciable encuentra condicionada sus relaciones a la mera satisfacción de sus intereses, ya sea mediante las normas emanadas por el poder legislativo como por la resoluciones que dicte el órgano jurisdiccional competente.

6. Interrelación entre los derechos humanos y el análisis económico del derecho

En lo que se refiere al ámbito de los derechos humanos, el análisis económico del derecho no había efectuado una especial consideración en virtud de estar centrado en el estudio de la relaciones propias de mercado, quedando excluidas todos los ramas del saber jurídico que no tuviesen una vinculación directa con el mercado..

Es con el avenimiento de lo que señalamos como tercera etapa del análisis económico del derecho que se empiezan a desarrollar distintos trabajos tendientes a comprender los derechos humanos en el ámbito de estudio.

Para ello, resulta necesario asirse de los postulados filosóficos fundamentales que estructuran el andamiaje del análisis económico del derecho en torno a la conceptualización de los derechos humanos. Partiendo de las afirmaciones de Jeremy Bentham (Bentham, 1789) sobre el utilitarismo y el principio de auto-preferencia, se sindicaban como derechos inherentes a todos los ciudadanos la propiedad privada y la libertad, entendida esta como la posibilidad de ejercer cualquier actividad lícita tendiente a la obtención de un rédito personal.

Se reputaban tales derechos como fundamentales, estando el ordenamiento jurídico condicionado en sus disposiciones normativas, debiendo abstenerse de efectuar restricciones o intervenciones que, aun pretendiendo la consecución del bien común, pudieren resultar perjudiciales o atentar contra los derechos fundamentales del hombre.

No obstante lo anteriormente manifestado, debemos señalar que no se consagra una noción universal acerca de la propiedad privada y la libertad, la cual en su conceptualización queda reducida a sus facetas jurídico-

económicas de la burguesía mercantil. Tampoco se hacen extensibles tales derechos, según la concepción liberal de Bentham, a las mujeres ni a los menores, quienes no gozaban de los atributos de racionalidad y eficiencia que caracteriza a los hombres como agentes económicos.

Se plantea la existencia de una unidad conceptual de carácter insoslayable entre la idea de hombre y de sociedad, y como consecuencia lógica de ello, toda construcción jurídica positiva debe necesariamente fundarse en el principio de auto-preferencia, instándose a una reforma de carácter general de la legislación conforme criterios utilitarios de consagración del beneficio individual como paradigma fundamental.

El aspecto social de los derechos humanos quedaba totalmente excluido de la concepción liberal clásica, atento que las regulaciones y relaciones de cooperación y coordinación se hayan sujetas a la mano invisible del mercado que intervenía a efectos de tornar compatibles las diversas actividades de los hombres, resultando de dicha intervención el bienestar general.

Ahora bien, en base a los aportes doctrinarios y legales hoy vigentes resulta totalmente insuficiente elaborar una posición dogmática con el sólo basamento de las ideas de Bentham. No obstante lo cual, en virtud de las consideraciones que se pueden derivar tales como el bienestar general, el beneficio personal, la prevención óptima y los incentivos, se ha desarrollado una postura que contempla lo que usualmente se considera el campo de los derechos humanos.

Respecto de los derechos humanos, Eric Posner (Posner. 2014, 45-48) explica una paradoja: el lenguaje de los derechos humanos es ahora el modo dominante de la crítica moral internacional de los gobiernos a nivel mundial y, sin embargo, la evidencia sugiere que la mayoría de los países violan flagrantemente los tratados de derechos humanos que solemnemente ratifican, lo cual pone de manifiesto que resultan plenamente aplicables los mecanismo de negociación, transacción y de externalidad que el análisis económico del derecho utiliza para los supuesto de incumplimiento dentro del moderno derecho contractual.

El consenso predominante en el análisis económico del derecho señala que son los gobiernos quienes deben promover y proteger el bienestar

de los ciudadanos en sus países y que, en casos extremos, son los países extranjeros los que deben intervenir y excepcionalmente sustituir a los gobiernos que no cumplan con este deber respecto a la protección de los derechos humanos.

El problema es que los países, en principio, estarían de acuerdo sobre cómo pueden alcanzar esas metas, es decir, existirían coincidencias sobre lo que, en el análisis económico del derecho, se conoce como eficiencia asignativa, pero no habría acuerdo respecto de la prevención óptima y la correcta asunción de las externalidades.

Dicha debilidad surgiría de la exhibición completa de los tratados existentes de derechos humanos y el resultado sería un fracaso general. Dado que los países no han podido ponerse de acuerdo sobre “bienestar”, terminaron de negociar tratados que son vagos y confusos, resultando por ende (por diseño) inaplicables.

Los Estados se habrían asegurado de que las organizaciones internacionales posean facultades de ejecución débiles. Además, cuando se produce la aplicación, es invariablemente parcial y dispersa. En estilo de golpe-a-mole, se dirigen a los países pueden compensar abordar algunas violaciones, reduciendo su conformidad con otras normas que no son el foco de la aplicación.

Posner afirma que la tan mentada ayuda exterior de tipo económico constituye el mejor instrumento posible a efectos de garantizar un mejor medio para influir eficientemente y obtener resultados satisfactorios sobre los gobiernos para mejorar su tratamiento a los ciudadanos.

Bajo el régimen de la ayuda externa, los distintos países y organismos internacionales creados a efectos de velar por la plena vigencia de los derechos humanos, pueden observar los indicadores generales de bienestar de los Estados que se encuentran presumiblemente incursos en violaciones de los derechos humanos, tales como el Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita* y ofrecen ayuda en función la probabilidad de ayudar a las personas a escapar de la pobreza.

Los gobiernos que logran progresos constatables en la reducción de la pobreza deben ser considerados en cumplimiento de sus obligaciones respecto de derechos humanos, y retribuidos mediante la asignación de

recursos económicos y otros incentivos financieros y comerciales a fin de continuar con la senda virtuosa en la cual se han encaminado.

Los intentos de hacer valer derechos más específicos, como la libertad de prensa o el derecho a la intimidad (los cuales revisten extrema importancia en la concepción clásica de los derechos humanos), evidencian la extrema dificultad relativa a su cumplimiento y, en casos de vulneración, carecen de los medios apropiados para adoptar las medidas necesarias para su reparación en el ámbito internacional.

Esta tesis se presenta como poderosa y provocativa, e intenta ser una introducción concisa a la ley internacional de los derechos humanos partiendo de postulados del análisis económico del derecho, a fin de lograr una vigencia efectiva de los mismos mediante mecanismos cuya utilidad han sido constatados en diversos casos.

Posner describe los principales tratados en materia de derechos humanos que se han celebrado y que son mayoritariamente aceptados por los Estados y las principales organizaciones internacionales que se han creado a efectos de velar por el cumplimiento de los mismos, revelándose como carentes de estructura o potestades que les asistan para hacer efectivo el cumplimiento de sanciones derivadas de las violaciones debidamente comprobadas. La evidencia sobre el efecto de los tratados de derechos humanos respecto del comportamiento de los gobiernos indica que estos, a efectos de mostrar una política de respeto y protección de los mismos, están dispuestos a suscribir toda serie de tratados internacionales pero que, a la hora de hacer efectivos tales derechos, no se muestran abiertos a permitir la injerencia de organismos internacionales ni a recibir observaciones o sanciones que se deriven de las violaciones de dichos tratados.

7. Conclusiones

En virtud de lo expuesto someramente se pretende señalar la importancia que puede desprenderse del análisis económico del derecho en el ámbito de los Derechos Humanos, resultando necesario para los operarios jurídicos conocer mecanismos y saberes provenientes de la ciencia económica a efectos de disponer instrumentos de estudio e investigación

que faciliten la negociación, adopción y eventual ejecución de los tratados internacionales.

El análisis económico del derecho asume un marcado realismo en lo que respecta a las relaciones subjetivas y, por ende, pretende la existencia de mecanismos que gocen de la aceptación y cabal eficiencia a efectos de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Resulta evidente que las herramientas que brinda esta particular metodología no son absolutas ni mucho menos excluyentes para el estudio de los derechos humanos, sino que constituyen una serie de instrumentos que facilitan y promueven distintas alternativas para los conflictos que pueden suscitarse en el campo de los derechos humanos.

Las principales críticas que surgen frente a esta metodología quedan descartadas una vez que las confusiones lingüísticas y terminológicas acerca de los principales conceptos del análisis económico del derecho quedan aclaradas.

La utilización de incentivos, asignación efectiva de recursos y de asunción de externalidades proveen a los derechos humanos de patrones explicativos útiles para el estudio de las derivaciones emergentes de los tratados internacionales, señalándose que la búsqueda de un ideal de justicia abstracta resulta contraproducente, por lo cual para alcanzar la justicia real y brindar una efectiva protección a los individuos en lo que respecta a sus derechos más fundamentales es trascendental tener en cuenta la eficiencia, tal como se indicó oportunamente.

Atendiendo a la brevedad de este trabajo, no se pretende agotar ni ahondar las múltiples posibilidades y variantes que ofrece el análisis económico del derecho sino que simplemente se busca dar una visión novedosa para que la misma sirva de disparador de nuevas alternativas de interrelación entre el análisis económico del derecho y los derechos humanos.

8. Bibliografía

- Aghion, Philippe y otros. 1992. *The Economics of Bankruptcy Reform*. Massachusetts: National Bureau of Economic Research.
- Bar Gill, Oren. 1985. *The evolution and persistence of optimism in litigation*. *Journal of Law, Economics and Organization* 22 (2): 490-507.
- Becker, Gary. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Economic Politics Journal* 76.
- Bentham, Jeremy. 1789. *Principles of morals and legislation*. London: Prometheus Books.
- Cabrillo, Francisco y Fitzpatrick, Sean. 2012. *La Economía de la Administración de Justicia*, 75-120. Madrid: Thomson Reuters.
- Calabresi, Guido. 1961. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal* 70.
- Coleman, James. 1990. *Foundations of Social Theory*. Cambridge: Belknap Press.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas. 2002. *Derecho y Economía*, 78-141. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cooter, Robert. 1996. The Theory of market modernization of law. *International Review of Law and Economics* 16: 141-72.
- Durán y Laguna, Paloma. 1992. *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, 101-113. Madrid: Comares.
- Farhi, Diana y Gebhardt, Marcelo. 2011. *Derecho Económico Empresarial. Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, 50-63. Buenos Aires: La Ley.
- González Nieves Isabel Cristina. 2008. *Estudios de Derecho y Economía*, 36-85. Buenos Aires: Heliasta.
- Hart, Oliver. 1995. *Firms, Contracts and Financial Structure*, 7-8. London: Oxford University Press.
- Hayek, Frederick. 1979. *Law, Legislation and Liberty*, 1973-1979. Chicago: University of Chicago Press.
- Holmes, Oliver Wendell. 1992. *The Essential Holmes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ibáñez Jiménez, Javier. 2011. *Análisis Económico del Derecho. Método, Investigación y Práctica Jurídica*, 45-171. Madrid: Bosch Editor.

- Kluger, Viviana y otros. 2006. *Análisis Económico del Derecho*, 33–36. Buenos Aires: Heliasta.
- Landreth, Harry y Colander, David. 2006. *Historia del Pensamiento Económico*, IV Edición. Madrid: McGraw Hill, 320–342.
- Miceli, Thomas J. 2004. *The economic Approach to Law*. Redwood City: Stanford University Press.
- Posner, Eric. 1997. The Political Economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978. *Michigan Law Review* 96: 4–19.
- Posner, Eric. 2011. *Contract Law and Theory*. Sandy: Aspen Press.
- Posner, Eric. 2013. *Economic Foundations of International Law*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Posner, Eric. 2014. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press.
- Posner, Richard. 1998. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. 111 Harv. L. Rev. 1637.
- Posner, Richard. 2002. Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis. *Stanford Law Review* 737: 54.
- Posner, Richard; William Landes y Mark Kelman. 2011. *Análisis Económico del Derecho*, 18–141. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Samuelson, Paul y otros. 2003. *Economía*, 501–574. Madrid: McGraw Hill.
- Scalia, Antonin. 1997. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press.
- Smith, Adam. 2011. *La Riqueza de las Naciones*, 18–32. Madrid: Ediciones Brontes.
- Stordeur, Eduardo (h.). 2011. *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, 30–52. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Tupa, Fernando Andrés. 2001. *Análisis Económico y Constitucional de la Reforma Concursal*, 2–27. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Vicente Solá y otros. 2013. *Tratado de Derecho y Economía*, 78–103. Buenos Aires: La Ley.
- Zablotsky, Edgardo y otros. 1996. *La Reforma del Poder Judicial en la Argentina*, 23–25. Buenos Aires: FIEL.

Violencia sexual contra el hombre: avance jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Patricia Tarre Moser

Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 2012¹.
LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos,
Universidad de Notre Dame (Estados Unidos).

Salvador Leyva Morelos-Zaragoza

Abogado, Universidad Marista de Mérida, A.C. (México).
Abogado de La 72 Hogar-Refugio para Personas Migrantes (México).

Resumen: El presente artículo examina la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual cuando la víctima es un hombre. En este sentido, se resalta el avance jurisprudencial realizado en el caso “Rodríguez Vera y otros (‘Desaparecidos del Palacio de Justicia’) vs. Colombia” donde, por primera vez, se reconoció a un hombre como víctima de violencia sexual. Asimismo, se hace mención de forma genérica al estado de la discusión sobre este tema en otras esferas, tanto nacionales como internacionales.

Palabras clave: violencia sexual masculina; tortura; tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Abstract: This article examines the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on sexual violence when the victim is a man. In this sense it is highlighted the jurisprudential progress made in the case “Rodriguez Vera and others (‘Persons disappeared from the Palace of Justice’) vs. Colombia”, where a man was recognized, for the first time, as a victim of sexual violence. This article also mentions in general terms,

1 Las opiniones expresadas en este artículo son personales de los autores y no reflejan las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o su Secretaría.

the state of discussion on this topic in other spheres, both national and international.

Keywords: male sexual violence; torture; cruel; inhumane or degrading treatments.

Artículo recibido: 02/03/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. La violencia sexual y la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes
3. La falta de calificación de actos de violencia sexual masculina como violencia sexual
4. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - 4.1. Primera etapa
 - 4.2 Segunda etapa
 - 4.3 Tercera etapa
5. Conclusión
6. Bibliografía
 - 6.1. Jurisprudencia

1. Introducción

El 14 de noviembre de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su Sentencia en el Caso de *Rodríguez Vera y otros (“Desaparecidos del Palacio de Justicia”) vs. Colombia*². La mencionada sentencia causó gran impacto en la memoria e historia de la sociedad colombiana³.

2 Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287.

3 Véase, *inter alia*, “Rueda de prensa del ministro Juan Fernando Cristo y la directora de la Agencia Jurídica del Estado”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ObsPVtxUxjI>; “Comunicado del Ministerio del Interior de Colombia” <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/gobierno-cumplira-con-decision-del-caso-del-palacio-y-la-justicia-seguira-buscando-los-responsables-mininterior>;

Sin embargo, ese no fue el único impacto causado sino que simbolizó un avance significativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en temas de género. Por primera vez la Corte Interamericana calificó un acto como violencia sexual siendo la víctima de sexo masculino.

El objetivo del presente artículo es mostrar el avance jurisprudencial que ello representa. En ese sentido, en la primera parte se explicarán los conceptos de violencia sexual, tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes. Subsecuentemente, se resaltaré el problema de la falta de calificación de actos de violencia sexual contra hombres. En la tercera parte se resumirán los casos conocidos por la Corte Interamericana que conciernen hechos que hubiesen podido ser calificados como violencia sexual contra hombres. Para ello se analizaron todas las sentencias de fondo dictadas por la Corte Interamericana hasta diciembre de 2014. Por último, y a modo de conclusión, se explicará la importancia de la caracterización de la violencia sexual contra un hombre, tal como se hizo en el caso de *Rodríguez Vera y otros*.

2. La violencia sexual y la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”⁴.

“Colombia creyó que diciendo mentiras iba a disfrazar la verdad”, <http://www.semana.com/nacion/articulo/sentencia-corte-interamericana-de-derechos-humanos-sobre-el-palacio-de-justicia-afecta-la-imagen-internacional/411838-3>; Editorial: “La verdad del Palacio”, disponible en: <http://www.eltiempo.com/opinion/editorial/editorial-la-verdad-del-palacio-editorial-el-tiempo/14958129>, y “Sentencia de la CIDH sobre toma del Palacio de Justicia es un ‘fallo ejemplar’: Líder de organización que encabezó litigio”, <http://www.ntn24web.com/video/skype-viviana-kristicevic-34233>.

4 Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 191.

Resulta clave, entonces, determinar si el acto es o no de naturaleza sexual. Por otra parte, y de forma similar, la Relatora Especial de las Naciones Unidas encargada de preparar un informe final sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflictos armados, inclusive en los conflictos armados internos, definió la violencia sexual como “aquella que comprende las agresiones físicas y psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como por ejemplo obligarla a desnudarse en público, mutilar sus órganos genitales o cortar los pechos de una mujer”. Asimismo, indicó que “se da también en situaciones en las que se obliga a dos víctimas a realizar actos sexuales o a causarse daños mutuamente por medios sexuales” suponiendo como finalidad “infligir una grave humillación a las víctimas y, cuando se obliga a otros a asistir a actos de violencia sexual, con frecuencia se pretende intimidar a un mayor número de personas”⁵. Es importante notar que ninguna de las definiciones encontradas limita la violencia sexual a víctimas femeninas.

Paralelamente, el derecho internacional de los derechos humanos califica cierto tipo de tratamientos que atentan contra la integridad personal, como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura define la tortura como:

... todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación

5 ONU, *Formas contemporáneas de esclavitud, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 21 y 22.

suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 1.1).

No existe una definición, de similar aceptación en el derecho internacional, de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, el elemento diferenciador entre dichos tratos y la tortura es la gravedad o intensidad de los mismos⁶.

Actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes pueden o no implicar actos de contenido sexual y ser calificados adicionalmente como violencia sexual. En este sentido, por ejemplo, ha sido reconocido que un tipo de violencia sexual, la violación sexual contra mujeres, puede constituir un acto de tortura. Asimismo, por ejemplo, el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o “Protocolo de Estambul” describe diferentes técnicas comunes de tortura e incluye un acápite sobre la tortura sexual. En dicho acápite el Protocolo de Estambul señala que la tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que:

... aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento. (Protocolo de Estambul, 2004, N° 215)

6 Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008; y Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 7.

Si bien es cierto que existen diferencias entre la tortura sexual del hombre y la de la mujer, también lo es que existen varios aspectos que aplican a ambos. El Protocolo resalta que “[e]n la mayor parte de los casos interviene un elemento sexual perverso y en otros la tortura se dirige a los genitales”. Sobre este punto, el Protocolo explica que “[e]n el hombre la mayor parte de las veces los choques eléctricos y los golpes se dirigen a los genitales, con o sin tortura anal adicional” aunado al maltrato verbal y las “amenazas de la masculinidad, con la consiguiente pérdida de dignidad ante la sociedad” (Protocolo de Estambul, 2004, N° 215 y 216).

En los últimos años ha aumentado significativamente la publicidad y discusión de la violencia género y violencia sexual contra las mujeres, la cual antes se encontraba no visible. Esto se ha visto reflejado, por ejemplo, en la inclusión de acápite específicos sobre la violencia contra las mujeres en informes de derechos humanos, o el análisis de los mismos por parte de tribunales internacionales. No obstante, ello no ha pasado aún con actos de violencia sexual cometidos contra hombres.

3. La falta de calificación de actos de violencia sexual masculina como violencia sexual

Múltiples organismos, tanto nacionales como internacionales, han documentado actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes como formas de expresión de violencia sexual contra hombres, ya sea dentro de algún contexto específico o en casos individuales. Sin embargo, no los catalogan como tal, sino que únicamente los califican como actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En este sentido, las comisiones de la verdad creadas en Argentina⁷,

7 Por ejemplo, en el Informe de la Comisión Nacional sobre las Personas Desaparecidas obra el testimonio del Dr. Norberto Liwsky, quien declaró: “... durante días fui sometido a la picana eléctrica aplicada en encías, tetillas, genital, abdomen y oídos. [...] En medio de todo este terror, no sé bien cuando, un día me llevaron al «quirófano» y, nuevamente, como siempre, después de atarme, empezaron a retorcerme los testículos. No sé si era manualmente o por medio de algún aparato.

Perú⁸ y Guatemala⁹ reportaron casos de violencia contra los genitales masculinos y no los calificaron como violencia sexual. De forma diferente, los informes de Perú y Guatemala reportaron hechos de la misma naturaleza donde las víctimas fueron mujeres y sí fueron calificados como violencia sexual.

En la esfera internacional no se encontraron casos en los que el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hayan caracterizado actos como violencia sexual contra un hombre. Por el contrario, en casos donde se ha dado por probado maltratos a los genitales de un hombre no se han pronunciado sobre la

Nunca sentí un dolor semejante. Era como si me desgarraran todo desde la garganta y el cerebro hacia abajo. Como si garganta, cerebro, estómago y testículos estuvieran unidos por un hilo de nylon y tiraran de él al mismo tiempo que aplastaban todo” (Comisión Nacional Sobre las Personas Desaparecidas, Nunca Más, Capítulo I.C).

8 Por ejemplo, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación dio cuenta de una declaración de un hombre detenido en 1993, quien manifestó que “[...] cuando lo bajaron al lugar de su detención, la DINCOTE, le pidieron desvestirse y desnudo lo llevaron a un cuarto que no era calabozo. Lo sentaron en el centro del cuarto y allí conectaron un alambre azul grueso y comenzaron a preguntarle. Como él no sabía de qué hablaban le pusieron el cable con electricidad en las piernas, en la entrepierna, en los testículos y en la boca”. Además, existen testimonios que apuntan a actos que constituyen expresiones de discriminación basada en orientación sexual, como lo confirma el testimonio de una declarante secuestrada en 1991, quien señaló que “... a los homosexuales les cortaban el pene en pedazos antes de matarlos...”; sin embargo, éste aparece en el capítulo relativo a la violencia sexual contra la mujer (Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Final, Tomo VI, Capítulo 1.4, 246-247, y Tomo VI, Capítulo 1.5, 286.)

9 Por ejemplo, en el Informe guatemalteco, “Memoria del Silencio” una víctima atestiguó que el 5 de enero de 1982, luego de que un pelotón del Ejército entrara a su comunidad y bombardeara un día antes con helicóptero, “fueron a ver los cadáveres que estaban en sus terrenos: unos tenían atravesados sus propios machetes [...] A otros les cortaron los testículos y se los metieron en la boca”. (Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala, Memoria del Silencio, párr. 759 y 907).

posibilidad de calificarlos como violencia sexual¹⁰.

Adicionalmente, respecto a los tribunales penales internacionales, los estatutos de los Tribunales Penales Internaciones para la Ex Yugoslavia y para Ruanda solamente incluyen la violación sexual como una de las conductas que pueden constituir un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, en ambos casos la violencia sexual pudiera ser incluida dentro de la conducta denominada de “otros actos inhumanos”, también dentro del crimen de lesa humanidad. En los casos frente a estos tribunales hay diversos ejemplos donde los fiscales no solicitaron la calificación de ciertos hechos como violencia sexual contra hombres, cuando lo hubieran podido haber hecho (Oosterveld, 2004, 112-113).

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, contempla la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” como actos que pueden llegar a constituir crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra¹¹ (Estatuto de la Corte Penal Internacional). Al respecto, los Elementos de los Crímenes, adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010, establecen que la violencia sexual implica que:

El autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o

10 Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, *Comunicación N° 477/2011*, Ali Aarrass, Marruecos, 19 de mayo de 2014, nota al pie 10 y párr. 11, disponible en: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1835>; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Razzakov vs. Rusia*, Sentencia de 5 de febrero de 2015 (Sección Primera), párr. 54 a 56.

11 El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona también utiliza estas mismas palabras.

aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Asimismo, se resalta que la conducta haya tenido una gravedad comparable a los demás actos considerados como crímenes de lesa humanidad o como una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Por otra parte, respecto del crimen de genocidio, los elementos del crimen determinan que la violación o violencia sexual puede ser una conducta catalogada como el crimen de genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental.

La discusión sobre la caracterización de un acto como violencia sexual surgió en la decisión de confirmación de los cargos en contra de Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali de 23, del enero de 2012¹². Los hechos ocurrieron en la República de Kenya y se les acusaba de que, como parte los ataques a la población Luo, habían circuncidado forzosamente y amputado los penes de algunos hombres. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia señaló que:

No todo acto de violencia cuyo objetivo sean las partes del cuerpo comúnmente asociadas con la sexualidad debe ser considerado como violencia sexual. En este sentido, la Sala consideró que la determinación de si un acto es de naturaleza sexual es inherentemente a una cuestión de hechos.

La Sala encontró que la evidencia dispuesta ante ella no estableció la naturaleza sexual de los actos de circuncisión forzada y amputación peneana ocurrida a los hombres Luo. En cambio, la evidencia muestra que estos hechos fueron motivados por prejuicio étnico y el intento de demostrar superioridad cultural de una tribu sobre otra (traducción nuestra).

La Sala calificó dichos hechos como “actos que causan severos daños

12 Corte Penal Internacional, *Situación en la República de Kenya, Caso Fiscal vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Sala de Cuestiones Preliminares II, 23 de Enero de 2012, párr. 260, 266 y 270.

físicos”. No hay duda que la definición de violencia sexual utilizada por la Corte Penal Internacional no especifica que la violencia contra los genitales es violencia sexual. Sin embargo, los órganos genitales son las características sexuales principales del cuerpo humano, por lo que la violencia contra éstos es intrínsecamente sexual. Lo que es más, es difícil imaginar que la Sala de Primera Instancia hubiese tenido el mismo razonamiento si las víctimas hubiesen sido mujeres.

4. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde los primeros contenciosos se evidenciaron prácticas de violencia sexual masculina. Sin embargo, la jurisprudencia de dicha Corte, distingue la evolución que ha existido en el análisis sobre el tema. En este sentido, y con el propósito de facilitar el estudio jurisprudencial, se dividirán los casos analizados en tres etapas.

4.1. Primera etapa

La primera etapa se refiere al período entre 1988, cuando la Corte Interamericana decidió su primera sentencia de fondo, y noviembre de 2006, cuando decidió el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y calificó un acto como violencia sexual por primera vez. Esta etapa está caracterizada por casos en los que, a pesar de existir violencia en los órganos genitales, no existe ningún tipo de alegato al respecto por parte de los litigantes o análisis por parte de la Corte sobre si dicho acto constituyó violencia sexual. Además, es importante notar que durante esta primera etapa se observa una evolución sobre qué hechos pueden constituir tortura y el estándar de prueba de los mismos. Sin embargo, el análisis de dicha evolución sobrepasa el objeto del presente artículo.

Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994¹³

De la sentencia se desprende que el hermano de la víctima declaró haber “grabado una videocinta del cadáver en la morgue antes de la cremación y afirmó que cuando quitaron la ropa interior al cadáver observaron ‘que los testículos habían sido aplastados’”. Sin embargo, la Corte consideró que no existían indicios suficientes para determinar que el señor Gangaram Panday hubiese sido víctima de tortura y no mencionó la posibilidad de que hubiese sido víctima de violencia sexual.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998¹⁴

En dicho caso el tribunal contó con el testimonio de una de las víctimas, el señor Augusto Angárita Ramírez, quien declaró que:

“Le capturaron ordenándole colocar las manos atrás para esposarlo y ponerlo en el suelo boca abajo, le pusieron una capucha de plástico para que no respirara, mientras recibía patadas por los costados y le doblaban las piernas hacia arriba, le golpearon los dedos de las manos y de los pies y los órganos genitales y le amenazaron con choques eléctricos”.

Al determinar los hechos probados, la Corte consideró únicamente que el señor “durante su detención, fue golpeado y lesionado por agentes de la Guardia de Hacienda”. Posteriormente, al analizar dichos hechos consideró que el Estado había violado los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establecen que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

13 Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párr. 3.e y 56.

14 Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 62.2.a), y 89.2.

La Corte no mencionó la posibilidad de que hubiese sido víctima de violencia sexual.

Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003¹⁵

La Corte consideró demostrado que:

“El cuerpo del señor Juan Humberto Sánchez fue encontrado sin vida en el medio de dos rocas en el Río Negro, con las manos y los pies atados en la espalda, la nariz, las orejas y los genitales cercenados, excoriaciones en la espalda y un tiro en la frente que le salía en la base del cráneo, características coincidentes con el patrón de violaciones de derechos humanos existente al momento de los hechos”.

La Corte consideró que dichos maltratos constituyeron tortura. No obstante, no analizó la posibilidad de que el hecho de que le hubieran amputado los genitales respondiera a un acto de naturaleza sexual. *Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004*¹⁶.

El tribunal encontró que durante el tiempo que el señor Tibi estuvo recluido fue sometido, por lo menos, a siete sesiones en las que “recibió golpes de puño en el cuerpo y en el rostro, quemaduras en las piernas con cigarrillos y descargas eléctricas en los testículos”. La Corte consideró dichos actos como tortura y no analizó la posibilidad de que, adicionalmente, las descargas eléctricas en los testículos se trataran de violencia sexual.

15 Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 99 y 100.

16 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 148.

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005¹⁷

La Corte consideró probado que el señor Gutiérrez Soler “fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves”, mas no entró al análisis de las violaciones a la integridad personal debido al allanamiento y reconocimiento efectuados por el Estado colombiano.

4.2 Segunda etapa

La segunda etapa se refiere al período entre noviembre de 2006, cuando se decidió el caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* y se calificó un acto como violencia sexual por primera vez, y noviembre de 2014 cuando en el caso *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia* la Corte calificó un maltrato contra un hombre como violencia sexual. Esta segunda etapa se caracteriza porque, a pesar de que ya la Corte comenzó a reconocer actos como violencia sexual, en los casos donde las víctimas eran hombres, no realizó el análisis sobre si había ocurrido o no una violencia sexual. Esto es particularmente relevante porque durante esta misma etapa se decidieron seis casos donde se habló de violencia o violación sexual contra mujeres¹⁸.

17 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 48.2 y 49 a 60.

18 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 294 a 313; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 117 a 132; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 107 a 122; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 95 a 102; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 272 a 282; y *Caso J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006¹⁹

La Corte analizó las violaciones a la integridad personal de los internos como consecuencia del “Operativo Mudanza 1”. La Corte dio por probado que:

Algunas internas e internos heridos fueron trasladados al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. () En el Hospital se encontraban rodeados de individuos armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas.

Sobre estos hechos la Corte señaló que “todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal”. Subsecuentemente, la Corte enfatizó que esta desnudez forzada “tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas”, quienes “además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”. La Corte resaltó que lo que “califica[ba] este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres”. Adicionalmente, en este caso la Corte “siguiendo la línea de la jurisprudencia

275, párr. 302 a 378.

19 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrs. 197.49, 305 y 306.

internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” utilizó por primera vez la definición de violencia sexual transcrita en el acápite anterior. Para dicha definición consideró como fuente la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso contra *Jean-Paul Akayesu*.

Respecto de la conclusión sobre la violencia sexual ocurrida, es importante destacar la diferenciación que hace la Corte sobre la caracterización de desnudez forzada como violencia sexual solamente en el caso de las mujeres y no en caso de los hombres. Implícitamente la Corte señaló que la desnudez de hombres frente a otros hombres no es de naturaleza sexual y, por lo tanto, no puede considerarse como violencia sexual. La Corte no razonó dicha parte de su decisión.

En sentido contrario, el Protocolo de Estambul, así como la Relatora de Naciones Unidas mencionada anteriormente, han considerado la desnudez forzada tanto de hombres como de mujeres como un acto de violencia sexual, especialmente tomando en cuenta que a menudo es acompañado de comentarios e insultos de naturaleza sexual hacia la persona desnuda. Es necesario destacar que las partes íntimas del cuerpo son partes de las características sexuales de una persona y están directamente relacionadas con la sexualidad del ser humano. Al respecto, consideramos que la exposición obligada y sin motivo de las partes íntimas del cuerpo es un acto de naturaleza sexual. Por tanto, y sin negar que la desnudez forzada de mujeres frente a hombres puede tener un impacto diferenciado en las mujeres, la desnudez forzada sin motivo alguno, como pareciera ser que se produjo con los internos del Penal Castro Castro, encaja dentro de las definiciones de violencia sexual, explicadas *supra*, tanto cuando las víctimas son mujeres como cuando son hombres.

Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008²⁰

La Corte contó con el testimonio de la víctima, quien manifestó que:

20 Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187, párr. 82 y 87.

Una vez detenido: lo trasladan a un lugar que desconoce y al cual denominaban el pozo [...] Vendado y atado [...] lo desnudan, lo acuestan en un catre tipo de goma [...] y le hacen preguntas relacionadas con secuestros extorsivos. Ante el desconocimiento [...] de tales hechos que se le imputaban proceden a aplicarle lo que se conoce como picana, en [los] genitales, pene, tetillas, ano y planta del pie derecho.

La Corte consideró que el señor Bayarri había sido sometido a tortura. La Corte no se pronunció sobre la posibilidad de que algunos de los maltratos sufridos por el señor Bayarri constituyeran violencia sexual.

Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010²¹

En este caso los representantes de la víctima alegaron específicamente que el señor Jesús Vélez Loor había sido víctima de “tortura sexual”. Sobre este punto, el señor Vélez Loor declaró en audiencia pública ante la Corte Interamericana que, mientras estuvo detenido en el Centro Penitenciario La Joyita, un policía le dijo: “ah quieres tener sexo conmigo?” Y riéndose, (), [lo] golpea con sus botas, entonces, allí [le] inserta con un lápiz por el lado del borrador polvo por [el] ano, y [le] da patadas”. Si bien la Corte ordenó al Estado panameño investigar bajo los estándares de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, no se pronunció sobre la naturaleza de los mismos por no formar parte del marco fáctico del caso.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010²²

Los señores Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera denunciaron en el

21 Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 43 a 48, 232 y 233.

22 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 112 y 134.

proceso penal, haber sido víctimas de jalones en los testículos, entre otros maltratos. Asimismo, la Corte hizo referencia los diferentes informes médicos y periciales que hablaban sobre la posibilidad de que los jalones en los testículos hubiesen ocurrido. La Corte concluyó que “la falta de una investigación dirigida contra los presuntos responsables de la violación a la integridad personal limita la posibilidad de concluir sobre los alegatos de la presunta tortura”.

Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Sentencia de 3 de septiembre de 2012²³

En el Informe de Fondo realizado por la Comisión Interamericana en este caso se concluyó que el señor Vélez Restrepo había tenido el “hígado perforado, un testículo destruido y varias costillas rotas”. Sin embargo, la Corte no dio por probado dichos hechos, por los que no analizó la posible naturaleza sexual de los mismos.

4.3 Tercera etapa

La tercera etapa se refiere, por ahora, solamente a la sentencia del caso “Rodríguez Vera y otros (‘Desaparecidos del Palacio de Justicia’) vs. Colombia” emitida el 14 de noviembre de 2014, en la cual la Corte calificó un maltrato contra un hombre como violencia sexual²⁴. En dicho caso la Corte dio por probado que una de las víctimas, José Vicente Rubiano Galvis, fue detenido y “sometido a múltiples golpes y descargas eléctricas en el estómago y testículos, mientras lo interrogaban y buscaban que confesara ser guerrillero o su colaboración con el M-19”. La Corte consideró que dichos maltratos, junto con otros que se dieron por probado, constituyeron tortura.

23 Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 132.

24 Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287, párr. 395, 424 y 425.

Adicionalmente, la Corte consideró específicamente, respecto de los choques eléctricos en los genitales a los que fue sujeto, que “implicó una invasión a la intimidad del señor Rubiano Galvis que, al involucrar su área genital, significó que el mismo fuera de naturaleza sexual, por lo que constituye un acto de violencia sexual”. El Tribunal además resaltó que:

La violencia sexual por un agente del Estado contra una persona privada de libertad bajo custodia estatal es un acto grave y reproachable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Dicho acto resulta denigrante y humillante física y emocionalmente, así como puede causar consecuencias psicológicas severas para la víctima.

La determinación de dicho acto como violencia sexual fue realizada en virtud del principio *iura novit curia*, ya que ni las partes ni la Comisión Interamericana lo habían solicitado.

Sobre este caso es importante destacar dos cosas. La primera es que, como se dijo anteriormente, nunca antes se había considerado que choques eléctricos u otro tipo de maltrato en los testículos constituirían violencia sexual. Lo segundo que debe ser destacado, es que el estándar sobre que “al involucrar su área genital, significó que el mismo fuera de naturaleza sexual”, puede permitir que la desnudez forzada constituya también violencia sexual, tal como se propone debería haber concluido en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*.

5. Conclusión

La violencia sexual, en general, se relaciona con el poder de una persona sobre otra y concepciones de género sobre qué es femenino y qué es masculino. En el caso de la violencia sexual contra hombres, se ha considerado que esta es vista como incompatible con el rol masculino por dos razones: la primera es que el hombre no haya sido capaz de prevenir el ataque y, la segunda, es que no sea capaz de manejar las consecuencias del ataque como un hombre (Sivakumaran, 2007). Lo anterior, implica una

carga psicológica insoportable al momento de ser víctima de violencia sexual y decidir si denunciar los hechos. Esta carga tiene que ser trasladada a la sociedad, incluyendo a los tribunales de justicia, para que se reconozca que los hombres pueden ser, y han sido frecuentemente, víctimas de violencia sexual. Ser víctima de violencia sexual no implica ser menos hombre. Así como tampoco implica ser menos mujer.

La invisibilidad de los actos de violencia sexual expuesta en el presente artículo se realizó primordialmente considerando los hechos como tortura o maltrato, sin analizar su contenido sexual. En este sentido, la lucha contra la violencia contra la mujer ha logrado reconocer que la violencia sexual puede constituir tortura. Ahora es necesario que se reconozca que en el caso de las víctimas hombres, cuando ocurre violencia o violación sexual debe ser considerada como tal y no solo como tortura o trato cruel, inhumano o degradante (Sivakumaran, 2007).

La Corte Interamericana ha señalado “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”²⁵. Dicha evolución se demuestra en el tema objeto de análisis. Desde la sentencia emitida en el caso “Penal Miguel Castro Castro”, tuvieron que pasar ocho años para que la Corte utilizara exactamente el mismo criterio para reconocer que los hombres también pueden ser víctimas de violencia sexual.

El reconocimiento de los hombres como víctimas de violación sexual es, a fin de cuentas, una discusión sobre los roles de género. Si el objetivo es lograr la igualdad, es importante no omitir en la discusión la posibilidad de que los hombres sean reconocidos como víctimas, tal como se estaba haciendo hasta el momento.

25 Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 106.

6. Bibliografía

- Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona*. <http://www.iilj.org/courses/documents/StatuteoftheSpecialCourtforSierraLeoneArticles1-10.pdf>
- Asamblea General ONU. 1984. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final*. <http://cverdad.org.pe/ifinal/>.
- Comisión Nacional Sobre las Personas Desaparecidas. *Nunca Más*, Capítulo I.C. <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/nuncamas.html>
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala. *Memoria del Silencio*. <http://http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/guatemala-memoria-silencio/guatemala-memoria-del-silencio.pdf>
- Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, *Comunicación N° 477/2011*. Ali Aarrass, Marruecos, 19 de mayo de 2014, nota al pie 10 y párr. 11, <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1835>.
- Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas. 2004. *Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.
- Organización de las Naciones Unidas, *Formas contemporáneas de esclavitud, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 21 y 22.
- Oosterveld, Valerie. 2004. Sexual violence directed against men and boys in armed conflict or mass atrocity: addressing a gendered harm in international criminal tribunals. En *Journal of International Law and Relations*. http://www.jilir.org/docs/issues/volume_10/10_7_OOSTERVELD_FINAL.pdf

Sivakumaran, Sandesh. 2007. Sexual violence against men in armed conflict. En *European Journal of International Law*, <http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/2/253.full>

6.1 Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 7.

Caso *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187, párr. 82 y 87.

Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 112 y 134.

Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 95 a 102.

Caso *de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 106.

Caso *de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 62.2.a), y 89.2.

Caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 294 a 313.

Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 191.

Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 117 a 132;

Caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párr. 3.e y 56.

Caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 272 a 282;

- Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 48.2 y 49 a 60.
- Caso *J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 302 a 378.
- Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 99 y 100.
- Caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287.
- Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 107 a 122;
- Caso *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 148.
- Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 43 a 48, 232 y 233.
- Caso *Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 132.

Corte Penal Internacional (CPI)

- Caso *Fiscal vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Sala de Cuestiones Preliminares II, 23 de Enero de 2012, párr. 260, 266 y 270.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- Caso *Razzakov vs. Rusia*, Sentencia de 5 de febrero de 2015 (Sección Primera), párr. 54 a 56.

La jurisdicción especial de los pueblos indígenas y la vigencia de los derechos humanos al interior de los Estados miembro de la OEA

Irene Zegarra Ballón Quintanilla

Abogada Coordinadora del Proyecto de Arbitraje y
Medios Alternativos de Solución de Controversias,
Universidad Católica San Pablo de Arequipa (Perú).

Resumen: Este trabajo parte de la situación de pluralismo jurídico existente en los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos, para analizar el derecho de los pueblos indígenas, su autogobierno y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, buscando conciliar el reconocimiento de estos derechos con la vigencia de los derechos humanos en el territorio de los Estados.

Palabras clave: derechos humanos; pluralismo jurídico; principio de auto-determinación; jurisdicción especial.

Abstract: This work takes into consideration the current situation of juridical pluralism that exists within the Member States of the Organization of the American States, in order to discuss the right of indigenous peoples to self-government and the exercise of jurisdictional functions, seeking to reconcile the recognition of these rights with the respect to human rights in the territory of the States.

Keywords: human rights; juridical pluralism; principle of self-determination; special jurisdiction.

Artículo recibido: 14/01/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. El principio de autodeterminación de los pueblos y su corolario en el derecho de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas
3. El derecho a la jurisdicción especial de los pueblos indígenas no debe colisionar con la vigencia de los derechos humanos
4. Necesidad de garantizar el respeto a la vigencia de los derechos humanos en los Estados
5. Bibliografía

1. Introducción

El concepto de Estado concierne inmersos componentes esenciales, tales como una organización social, una política soberana y coercitiva, y un conjunto de personas asentadas en un mismo espacio geográfico. Este último componente, al que comúnmente denominamos “población”, es el elemento fundamental que subyace en todo Estado y también su razón de existir.

En el continente americano existen más de cuatrocientos grupos étnicos aborígenes diferenciados en cultura, lenguaje y modo de vida (Salmón, 2010, 27). En este sentido, no son pocas las naciones americanas que gozan de una población multicultural, multiétnica y diversa; estando enraizadas en el interior de sus territorios comunidades ancestrales con características socioculturales muy diferentes de las que ostenta el resto de la población mayoritaria. Nos referimos a los pueblos indígenas y tribus nativas que han habitado dichos territorios desde épocas antiguas y que, al día de hoy, mantienen sus propias costumbres, dialectos, instituciones, leyes e incluso diferentes formas de administrar justicia.

Con el descubrimiento y la conquista de los territorios americanos, y su posterior consolidación como Estados nacionales, los grupos indígenas pasaron a formar parte de una única población representativa de una misma nación. Sin embargo, históricamente los valores y las instituciones indígenas estuvieron excluidos de aquello que se consideró como la “cultura nacional dominante”, así como de sus instituciones jurídicas y

políticas. Estas últimas se erigieron sobre los modelos importados de Occidente, como un legado del colonialismo español, o bien, de los códigos subsecuentes del liberalismo europeo del siglo XIX (Willem Assies, Gemma van der Haar & André Hoekema ed., 1999, 61).

En tal sentido, un aspecto clave del desafío multicultural americano fue el de contrarrestar el escenario descrito y configurar un nuevo modelo de Estado nacional que fuera más incluyente y que se fundamentara en el respeto de los derechos, valores e instituciones indígenas. Fue en este contexto que, en los años noventa del siglo XX, se llevaron a cabo un gran número de reformas en las constituciones de varios Estados americanos, destinadas a otorgar a las comunidades indígenas un reconocimiento jurídico de su derecho a la autonomía y autogobierno.

2. El principio de autodeterminación de los pueblos y su corolario en el derecho de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas

Para entender la naturaleza jurídica del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas es menester observar, en primer lugar, el principio de autodeterminación aplicable a dichas comunidades. El mismo “constituye un principio de derecho internacional consuetudinario” (Anaya, 2005, 136), siendo incluso una norma de *ius cogens*¹, es decir, una norma imperativa. Se refiere a un conjunto de normas de derechos humanos que “se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo

1 *Ius cogens* es una locución latina empleada en el ámbito del Derecho Internacional Público para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. En el artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, se codifica por vez primera la noción de *ius cogens*, señalando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

derecho a controlar su propio destino” (Ibíd., 137), y ha sido reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales.

En este contexto, el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas incluye el derecho colectivo de otorgar sus propias reglas de conducta y a resolver sus conflictos de acuerdo a sus propios procedimientos, y bajo un régimen de normas y valores también elegido por ellos (González, 2002, 249). Este derecho ha sido expresamente reconocido, tanto a nivel internacional, a través de diferentes instrumentos jurídicos normativos y declarativos, como a nivel nacional, en el marco de las constituciones de diferentes Estados americanos.

En el sistema universal de los derechos humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos reconocen, como derecho de todos los pueblos, el derecho a la “libre determinación”, señalando que “en virtud de este derecho [los pueblos] establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”². Más específicamente, en lo que respecta a los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas les reconoce el “derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres”³, refiriéndose en particular a sus costumbres y sistemas jurídicos.

De igual manera, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo considera la posibilidad de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas al interior de los Estados nacionales; y reconoce el derecho de aquéllos a que se consideren sus costumbres o su derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional, a conservar sus propias costumbres e instituciones, y a que se respeten sus métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por sus miembros⁴.

2 Artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York en 1966.

3 Artículo 34° de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York en 2007.

4 Artículos 8°, inciso 1; 8°, inciso 2; y 9°, inciso 1, del Convenio 169 de la Organización

Finalmente, y adentrándonos al ámbito que nos concierne, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce a estos el “derecho a la autonomía o autogobierno”⁵. Precisa este instrumento que “los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía”⁶.

Como corolario de este reconocimiento internacional al derecho de autogobierno de los pueblos indígenas, no son pocos los Estados Miembro de la Organización de los Estados Americanos que han incorporado en sus sistemas jurídicos el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas, que contiene el derecho al autogobierno y, en particular, a la propia administración de justicia de acuerdo con sus instituciones y costumbres.

En este escenario, la Constitución colombiana reconoce que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos ...”⁷. De igual manera, la Constitución de Ecuador establece que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial [...]. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos...”⁸. Similar es la situación

Internacional del Trabajo, aprobado en Ginebra en 1989.

5 Artículo XV, inciso 1, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, borrador aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, en Washington D.C. en 1997.

6 Artículo XVI, inciso 2, del Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cit.

7 Artículo 246° de la Constitución Política de Colombia de 1991.

8 Artículo 171° de la Constitución Política de Ecuador de 2008.

en Bolivia, cuya Constitución señala que “las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos...”⁹. Y, así también, en Perú la Constitución Política establece que “las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas [...] pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...”¹⁰. De esta manera, se reconoce la existencia de una denominada “jurisdicción especial”¹¹ de los pueblos indígenas frente a la jurisdicción ordinaria del Estado, admitiendo la legitimidad y constitucionalidad de la primera en una coexistencia pacífica con la segunda.

3. El derecho a la jurisdicción especial de los pueblos indígenas no debe colisionar con la vigencia de los derechos humanos

El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a su autogobierno y administración de justicia nos lleva inexorablemente al concepto de “pluralismo jurídico”, término con el cual se designa la situación de coexistencia de dos o más sistemas de derecho en un mismo Estado (González, 2002, 250).

En este punto, cabe preguntarnos por la legitimidad de las decisiones de autogobierno que toman los pueblos indígenas y, en particular, por la adecuación de sus sistemas de administración de justicia y de las sanciones con que garantizan la represión de las inconductas al interior de sus comunidades. Es el caso, respecto del cual no pocas veces se ha tomado noticia, de graves sanciones físicas aplicadas por las autoridades de estos grupos humanos.

9 Artículo 171°, inciso III, de la Constitución Política de Bolivia de 2009.

10 Artículo 149° de la Constitución Política del Perú de 1993.

11 El término “jurisdicción especial” es definido como “la autolimitación de la jurisdicción estatal reconociendo competencias, incluso en materia penal, a las autoridades de las comunidades”(OCHOA GARCÍA, 2002, 223)..

Es aquí, donde es menester precisar que tanto el pluralismo jurídico como el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas encuentran un límite. De acuerdo con James Anaya, la autodeterminación no puede separarse de otras normas de derechos humanos sino que, más bien, se complementa con las normas de derechos humanos que, en su conjunto, rigen el orden institucional estatal (Anaya; 2005, 141).

Se entiende, entonces, el espíritu con el cual la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas señala que el ejercicio de la libre determinación ha de ser “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”¹², y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que el derecho indígena es parte del orden jurídico de los Estados¹³. Pero, más enfáticamente, precisa este último instrumento que los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales¹⁴. Evidentemente, si existe el derecho de los pueblos indígenas a que se respeten sus derechos humanos, existe también el deber de sus comunidades –y, en particular, de sus autoridades– de garantizar dicha observancia.

Siguiendo tales lineamientos, las constituciones de los Estados americanos han reconocido límites a la aplicación de la jurisdicción especial indígena. De esta manera, la Constitución colombiana precisa que las normas y procedimientos a aplicar por las autoridades de los pueblos indígenas no deberán ser contrarios a la Constitución ni a las leyes de la República¹⁵. En segundo lugar, la Constitución ecuatoriana señala que las normas y procedimientos de las autoridades indígenas no deberán contrariar a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales¹⁶. De igual manera, la Constitución boliviana expresa que las costumbres y procedimientos de las autoridades de las comunidades

12 Artículo 34° de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

13 Artículo XVI, inciso 1, *ibíd.*

14 Artículo II, inciso 1, *ibíd.*

15 Artículo 246° de la Constitución Política de Colombia.

16 Artículo 171° de la Constitución Política de Ecuador.

indígenas no deberán ser contrarias a la Constitución y las leyes¹⁷. Y, por último, en el caso del Perú, la Constitución recalca que las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales siempre que éstas no violen los derechos fundamentales de la persona.

En consecuencia, ante los sucesivos casos en que se ha visto –tanto en los países mencionados, como en otros Estados americanos que ostentan una población multicultural– que al interior de una comunidad indígena o nativa se aplican sanciones que sean contrarias al núcleo pacíficamente reconocido de los derechos humanos, el Estado no puede ampararse en el derecho a la autodeterminación y autonomía de dicha comunidad o en el reconocimiento a su jurisdicción especial para esgrimirse de intervenir, sino que, por el contrario, será su deber actuar siempre que la aplicación de la respectiva jurisdicción especial implique la violación de algún derecho fundamental de la persona¹⁸.

4. Necesidad de garantizar el respeto a la vigencia de los derechos humanos en los Estados

Siendo así las cosas, surge una problemática. En primer lugar, determinar cuál es el límite del ejercicio de la jurisdicción especial con relación al respeto de los derechos humanos, es decir, hasta qué punto se puede matizar el uno con el otro. Y, en segundo lugar, cuando sea evidente que no puede haber una matización de ambos sistemas, sino que aplicar una jurisdicción especial en un caso concreto sea lesivo a un derecho humano y, por tanto, corresponda la intervención estatal a través de la administración de justicia ordinaria, ¿de qué manera se hará esto? ¿Será justo iniciar un procedimiento judicial a un indígena o nativo aplicándole las instituciones y procedimientos generales del Estado, sin tener en cuenta sus diferentes costumbres, creencias e, inclusive, idioma?

Si bien el Estado tiene el deber de reconocer los derechos de los pueblos indígenas aplicando el principio de igualdad jurídica, ello no es

17 Artículo 171°, inciso III, de la Constitución Política de Bolivia.

18 Artículo 149° de la Constitución Política del Perú.

óbice para desconocer sus diferencias socioculturales. Bajo tal óptica, consideramos acertado lo previsto en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cuando establece que “en la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua”¹⁹.

No obstante, el tema no se agota ahí. Es apremiante que los Estados americanos, cuya variada etnicidad haya devenido en la existencia de una situación de pluralismo jurídico, establezcan mecanismos que garanticen, por un lado, el respeto de los derechos de los indígenas a su autogobierno y administración de justicia y, por el otro, la vigencia de los derechos humanos en la totalidad del territorio estatal.

Celebramos el avance que significa el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuanto al reconocimiento que pretende de los derechos ahí consagrados. Sin embargo, consideramos que la Organización de los Estados Americanos y, de manera especial, los Estados que enfrenten la situación descrita en el presente trabajo, tienen todavía un mayor papel que cumplir en la salvaguarda del respeto a los derechos humanos frente al ejercicio del derecho al autogobierno de los pueblos indígenas.

Los Estados que comparten una situación de pluralismo jurídico en sus territorios deberán integrar esfuerzos para arribar a planes de acción que dispongan los mejores mecanismos legislativos, judiciales y ejecutivos que permitan garantizar tanto el reconocimiento a la autonomía de los pueblos indígenas como la vigencia efectiva de los derechos humanos al interior de sus comunidades.

Tanto Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, como muchas otras naciones americanas, representan un único Estado con una única población. Pero esta última es variada, multiétnica y multicultural. Es precisamente

19 Artículo XVI, inciso 3, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

esta riqueza la que debe llenar de orgullo a los Estados americanos.

Sólo podrá consolidarse un verdadero Estado cuando su población comprenda que un Estado sólido no es aquel que está compuesto de partes iguales, sino también de partes diferentes cuyas disimilitudes logran coexistir armoniosamente. Y sólo podrá crecer de manera unitaria cuando su población reconozca, proteja y concilie las diferencias existentes en una misma unidad. Esta labor jamás puede hacerse al margen de los derechos humanos, sino más bien dentro del cauce de ellos. No olvidemos que “la dignidad humana es un referente ético racional como presupuesto de la ética pública. En tal sentido, la diversidad cultural será reconocida en ese marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan” (De Asís et al., 2007, 168).

5. Bibliografía

- Anaya, S. James. 2005. *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.
- De Asís, Rafael; David Bondía y Elena Maza. 2007. *Los Desafíos de los Derechos Humanos Hoy*. Madrid: Dykinson S.L.
- González, Felipe. 2002. *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- Ochoa García, Carlos. 2002. *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*. Guatemala: CHOLSAMAJ.
- Salmón, Elizabeth. 2010. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Willem Assies, Gemma van der Haar & André Hoekema (editores). 1999. *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina*. México: El Colegio de Michoacán.

Los derechos humanos al final de la vida. Avances y retrocesos jurídicos en México

Eleonora López Contreras

Licenciada en Sociología, Universidad Nacional Autónoma de México.
Coordinadora del Grupo de Estudios “Migraciones y Fronteras” e
investigadora en la Comisión Nacional de
Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), (Chile).
Miembro del área de Investigación de Early Institute.

Adrián Rodríguez Alcocer

Licenciado en Derecho, Centro de
Investigación y Docencia Económicas (México).
Abogado aliado de la Alliance Defending Freedom.
Abogado de Asuntos Públicos de Early Institute.

Cándido Pérez Hernández

Licenciado en Comunicación, Universidad Anáhuac México Norte (México).
Máster en Dirección de Comunicación, Universidad de Barcelona (España).
Coordinador del área de Investigación de Early Institute.

Resumen: En el presente artículo se lleva a cabo una revisión del desarrollo y estatus actual de los derechos humanos al final de la vida, específicamente, aquellos que afectan a enfermos en situación terminal en México. El trabajo se centra en el desarrollo jurídico y la influencia de la reforma y adiciones de la Ley General de Salud en materia de cuidados paliativos (CP). Asimismo, se describen algunas repercusiones de dicha reforma en la práctica hospitalaria en el sistema de salud pública de México, a partir de las percepciones de quienes dirigen importantes centros de CP.

Palabras clave: enfermedades en fase terminal; derechos humanos; derechos del enfermo terminal; Ley General de Salud; cuidados paliativos.

Abstract: This article shows the development and current status of human rights regarding end of life, moreover, those who affect terminal patients in Mexico. This work is centered over juridical development and the influence of General Health Law's reforms regarding palliative care. In addition, some repercussions of the mentioned reform into real practice are described, within Mexico's public health and from the perception of directors from the most important palliative care centers.

Keywords: terminal illness; human rights; terminal patient rights; General Health Law; palliative care.

Artículo recibido: 19/08/2014 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. Los cuidados paliativos como derecho humano al final de la vida
3. Revisión de la reforma y adición de la Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos
4. Contexto de los cuidados paliativos a nivel nacional
5. Percepciones del desarrollo de los cuidados paliativos en México a partir de la reforma a Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

La situación de enfermedad terminal plantea en el enfermo, en la familia y en la sociedad en su conjunto, una serie de controversias alrededor de dos posturas. La primera, relacionada con la posibilidad de decisión de los enfermos sobre el tratamiento al que desean ser sometidos en determinadas circunstancias, para lo cual se contemplan instrumentos jurídicos como el consentimiento informado, la voluntad anticipada u otras directrices que abogan por la libertad individual. La segunda postura se centra en la posibilidad de mejorar el estado integral del paciente y sus familiares, propiciando las condiciones más apropiadas hasta el final de la vida.

Sin embargo, la difusión y conocimiento por parte de la opinión pública referente a esta segunda consideración suele ser poco atendida y considerada. Por consiguiente, un análisis al desarrollo de los llamados cuidados paliativos (CP), nos permitirá conocer cómo se han materializado en los centros u hospitales y descubrir si la regulación al respecto ha resultado en mejoras a la atención de los pacientes al final de la vida.

Por tanto, el presente artículo analiza las bases jurídicas para la práctica de los CP en México. Para ello se revisará la reforma y adiciones a la Ley General de Salud en materia de CP, contrastándola con las percepciones de quienes dirigen importantes centros de CP en instituciones de salud como el Instituto Nacional de Pediatría, el Instituto Nacional de Cancerología (INCan), el Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía “Manuel Velasco Suárez” y al Instituto Nacional de Cardiología “Ignacio Chávez”.

2. Los cuidados paliativos como derecho humano al final de la vida

Los cuidados paliativos se definen como el cuidado activo y total de enfermedades que no tienen respuesta al tratamiento curativo, teniendo como objetivo lograr la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias. Este tipo de cuidados busca mitigar el dolor y los distintos síntomas de la enfermedad, atendiendo también los aspectos espirituales y psicosociales en este proceso (OMS, 2002).

La existencia de una enfermedad en fase terminal¹ es una circunstancia que permite concebir la muerte como un hecho cercano a toda vida humana y, ante la cual, existe la necesidad apremiante de buscar alternativas que permitan sobrellevar la transición entre la vida y la muerte. En este sentido, los CP no adelantan ni retrasan la muerte, sino que constituyen un sistema de apoyo y soporte para el paciente y su familia.

Así, el fin de la vida es un elemento común a todos los individuos, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que, “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que

1 Generalmente, se considera como fase terminal aquella donde se estima que el enfermo tendrá una vida no mayor a seis meses.

le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (ONU, 1948).

Por su parte, la Declaración de Venecia perteneciente a la Asociación Médica Mundial sobre la enfermedad terminal, adoptada por la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia, en octubre de 1983, establece que:

a) El deber del médico es curar y cuando sea posible, aliviar el sufrimiento y proteger los intereses de sus pacientes.

b) No habrá ninguna excepción a este principio, incluso en caso de enfermedad incurable o de malformación

c) Este principio no excluye la aplicación de las siguientes reglas:

c.1) El médico puede aliviar el sufrimiento de un paciente que padece de una enfermedad terminal, al interrumpir el tratamiento con el consentimiento del paciente o de su familia inmediata, en caso de no poder expresar su propia voluntad. La interrupción del tratamiento no libera al médico de su obligación de ayudar al moribundo y darle los medicamentos necesarios para aliviar la fase final de su enfermedad.

c.2) El médico debe evitar emplear cualquier medio extraordinario que no tenga beneficio alguno para el paciente (Asociación Médica Mundial, 1983).

Por otro lado, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (1990, 28), la prestación de los CP implica para el paciente:

- Ser tratado como un ser humano vivo, hasta el momento de la muerte;
- Mantener una esperanza, cualquiera que esta sea;
- Expresar a su manera sus sentimientos y sus emociones, por lo que respecta al acercamiento de la muerte;
- Obtener la atención de médicos y enfermeras, incluso si los objetivos de curación deben ser cambiados por objetivos de confort;
- No morir solo;
- Ser liberado del dolor;
- Obtener una respuesta honesta, cualquiera que sea su pregunta;
- Recibir ayuda de su familia y para su familia en la aceptación de su muerte;
- Morir en paz y con dignidad;

- Conservar su individualidad y de no ser juzgado por sus decisiones, que pueden ser contrarias a las creencias de otros;
- Ser cuidado por personas sensibles y competentes que van a intentar comprender sus necesidades y que serán capaces de encontrar algunas satisfacciones ayudándole a enfrentarse con la muerte;
- Que su cuerpo sea respetado después de su muerte.

Aun cuando la prestación de los servicios de CP a favor de los enfermos en situación terminal no ha sido reconocida formalmente como un derecho humano específico, diversas organizaciones trabajan para lograrlo mediante la firma de la Carta de Praga sobre los CP².

No obstante, el derecho de los pacientes de recibir dichos cuidados sí forma parte, indirectamente, del catálogo doméstico e internacional de derechos humanos. Particularmente, podemos encontrar que los CP son un mecanismo idóneo para garantizar tanto el derecho a la salud como el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o indignos.

En el derecho doméstico, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 4º Constitucional (2014), que establece en su párrafo cuarto:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución

Este dispositivo constitucional se complementa con lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asam-

2 Carta de Praga. Cuidados Paliativos: un derecho humano. Asociación Europea de Cuidados Paliativos (EAPC), Asociación Internacional de Cuidados Paliativos (IAHPC), Alianza Mundial de Cuidados Paliativos (WPCA), Observatorio de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.eapcnet.eu/LinkClick.aspx?fileticket=41vBGbl7Sfo%3d&tabid=1871>.

blea General de las Naciones Unidas, 1966), que en su artículo 12 dice:

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Sobre este documento internacional, ratificado por México y, por tanto, ley suprema de la Unión, vale la pena resaltar dos puntos en relación con los CP.

El primero es el derecho a recibir el nivel más alto posible de salud física y mental. Es decir, no se agota con el mero acceso a los servicios de salud, sino que estos servicios deben ser proporcionados con el mejor nivel de calidad que el Estado pueda garantizar. Desde luego, al hablar del nivel más alto posible, se entiende que dicho nivel es distinto para cada uno de los Estados Parte del Pacto, pues el nivel que un país desarrollado puede garantizar para sus ciudadanos sin duda será mayor al que pueda ofrecerse en uno en vías de desarrollo.

Esto no quiere decir que dichos Estados se liberen de la obligación de proveer servicios de salud de calidad, sino que, aunque no les es exigible el mismo nivel de atención y de acceso a los servicios de salud, deben esforzarse por avanzar en cuanto a la calidad de la atención médica y la cobertura que ofrecen. El derecho a la salud establecido en el artículo comentado es un derecho progresivo, de modo que los Estados Parte deben

procurar siempre una mejora continua de la oferta de salud que garantizan.

El segundo punto a resaltar en relación con los CP es el inciso d) del segundo párrafo del artículo citado, que tiene relación con la cobertura y universalidad de los servicios de salud. Esta obligación comparte la característica de progresividad y exige a los Estados incrementar, en la medida de lo posible, su cobertura de salud hasta alcanzar a la totalidad de la población.

Así pues, el derecho a la salud entendido de acuerdo a nuestra Constitución y a los instrumentos internacionales signados por México, incluye la mayor cobertura y los mejores estándares de servicio posibles. Este derecho a los estándares más altos comprende, desde luego, todas las áreas médicas de atención, entre las que se incluye el tratamiento físico y psicológico del dolor, en particular el de los enfermos en fase terminal o con padecimientos que no responden a un tratamiento curativo.

Por otro lado, debemos hacer referencia también a otro derecho; aquel ligado a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes, el cual podemos encontrarlo reconocido en dos instrumentos internacionales fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) en los artículos 7 y 5, respectivamente. Establecen, en términos casi idénticos, que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes³.

Desde luego, sería erróneo afirmar que la enfermedad constituye, por sí misma, una forma de tortura, o un trato cruel, inhumano o degradante y, asignarle por ello, una responsabilidad al Estado. Sin embargo, la Relatoría Especial de la ONU para la prevención de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (Nowak y Grover, 2008), ha sostenido que la falta de acceso a un adecuado tratamiento del dolor puede constituir efectivamente, una falta del Estado en esta materia⁴.

3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye, además, la prohibición de que una persona sea sometida a experimentos médicos o científicos, sin su consentimiento.

4 Carta conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la prevención de

En una carta conjunta a la Comisión de Drogas Narcóticas, los Relatores Especiales para prevenir la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, y para el derecho a la salud, dijeron en diciembre de 2008:

La falla de los gobiernos de tomar medidas razonables para asegurar la accesibilidad del tratamiento del dolor, que deja a millones de personas sufriendo innecesariamente dolor severo y, frecuentemente, prolongado, levanta la pregunta de si han cumplido adecuadamente con su obligación (Nowak y Grover, 2008, traducción propia).

Tomando en cuenta la función que los CP desempeñan, en relación con los derechos humanos, Human Rights Watch (2011) en un informe acerca de los mismos emitió recomendaciones a los gobiernos, las cuales recalcamos a continuación:

- Conformar un grupo de trabajo sobre CP y manejo del dolor, debiendo incluir a todos los actores relevantes para crear un adecuado plan de acción e implementar medidas progresivamente;
- Evaluar disponibilidad y necesidad de servicios de CP y manejo del dolor;
- Desarrollar un plan de acción para combatir las barreras institucionales, políticas, educativas y materiales que limitan acceso a los cuidados paliativos, invitando al Programa de Acceso a Medicamentos Controlados de la Organización Mundial de la Salud, así como a Comisiones Nacionales de Derechos Humanos u Oficinas de Ombudsman para ayudar en la implementación de las recomendaciones anteriores.

la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, Manfred Nowak, y el Relator Especial de las Naciones Unidas para el derecho de todos a disfrute de los estándares más altos de salud física y mental, Anand Grover, a la Comisión de Drogas Narcóticas. Diciembre de 2008. *Apud* Human Rights Watch, *Global State of Pain Treatment. Access to Palliative Care as a Human Right*. 2011, Nueva York.

3. Revisión de la reforma y adición de la Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos

El 5 de enero del 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma y adición a la Ley General de Salud en materia de CP, considerando 11 derechos de los enfermos en situación terminal en el artículo 166 Bis 3.

Es fundamental indicar que, anteriormente, no existía legislación alguna sobre la materia en México, lo cual es un primer paso hacia el desarrollo normativo apropiado.

Según un atlas de CP realizado en 2013 (Pastrana et al., 2013), a nivel latinoamericano se contemplan tres supuestos en cuanto al avance en la regulación de CP en esta región. En el primer supuesto se encuentran los países que tienen un plan nacional de CP, entre los que se destacan: Panamá, Cuba, Venezuela, Perú, Brasil y Chile. Como segundo supuesto se contempla a Chile y Colombia, ya que ambos Estados cuentan con una regulación nacional. Finalmente, los únicos países que están en el tercer supuesto, pues que tienen tanto planes como leyes nacionales, son México y Chile. Lo anterior permite resaltar el avance de México al contemplar tanto una ley como un plan nacional a nivel internacional, lo cual implica la posibilidad de un mayor progreso en la materia.

En la reforma legislativa existen elementos relevantes como el poder, con la sola voluntad del paciente, de pedir la suspensión voluntaria del tratamiento curativo y dar inicio a los CP por no existir posibilidad de cura.

La suspensión voluntaria del tratamiento curativo conlleva a no prolongar inútilmente la vida del enfermo en situación terminal, evitando la adopción de medidas desproporcionadas, dando oportunidad a que el paciente reciba un tratamiento enfocado a disminuir el dolor y brindar bienestar para él y su familia desde los aspectos físicos y psicológicos hasta los espirituales.

Dicha reforma tiene, además, como uno de sus principales objetivos, el establecimiento de los derechos y obligaciones de los médicos y personal de salud, con la finalidad del cumplimiento preciso de los CP. A su vez, establece la prohibición de la eutanasia, diferenciándola del derecho

del paciente a renunciar a un tratamiento o a impedir en su persona el ensañamiento terapéutico.

De esta manera, la indicada reforma establece también los siguientes derechos, facultades y obligaciones respecto de los enfermos en situación terminal: poder recibir atención médica integral que involucre ingreso a las instituciones de salud cuando requiera atención, así como aptitud para dejarlas voluntariamente. Se aboga por un trato más digno a la persona, con libre acceso a la información, capacidad para negarse en cualquier momento a un tratamiento que considere extraordinario, así como a recibir atención espiritual para el enfermo y toda su familia.

Respecto de las facultades y obligaciones de las instituciones de salud, destacan la necesidad de ofrecer y proporcionar servicios para una adecuada atención, así como orientación y asesoría para el paciente y su familia. Por otro lado, se proporcionarán los cuidados según el tipo y grado de enfermedad desde el diagnóstico, garantizando siempre actualización y capacitación en los especialistas.

Finalmente, los médicos especialistas en las instituciones de segundo y tercer nivel, tendrán la obligación de informar en todo momento sobre los riesgos, variantes y posibilidades de los CP. Asimismo, deben asegurarse que los cuidados se brinden respetando la calidad de vida del enfermo, así como la posibilidad de que solicite una segunda opinión de otro especialista en la materia.

La reforma en cuestión retoma casi la totalidad de los aspectos considerados por la Organización Mundial de la Salud y la Declaración de Venecia. Sin embargo, no se considera el derecho a no morir sólo, ni se considera el derecho del paciente y sus familiares a recibir atención psicológica y tanatológica para sobrellevar esta situación. Dichos aspectos, que si bien pueden parecer innecesarios en un primer análisis, toman especial relevancia al afrontar los momentos críticos del paciente y las personas cercanas a él.

Una vez lograda la inclusión de los CP en la Ley General de Salud, su implementación requería avanzar en dos áreas: en materia normativa, era necesario completar la reforma a la ley con una correlativa al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de

Atención Médica y con la expedición de una Norma Oficial Mexicana por parte de la Secretaría de Salud; por otro lado, era necesario que el Presupuesto de Egresos de la Federación asignara recursos para crear unidades de CP en los hospitales públicos.

En materia legislativa, tras una demora de más de cuatro años, se dio el primer paso con la publicación de la reforma al mencionado Reglamento en el Diario Oficial de la Federación del 1 de noviembre de 2013. Esta reforma incorpora las disposiciones de ley referentes a los CP, adiciona la prestación de dichos servicios al sistema nacional de salud y regula la operación de las unidades de CP en hospitales y centros de salud. Sin duda, se trata de un avance importante que debe ser completado con la expedición de la Norma Oficial Mexicana⁵, lo que permitirá que los CP cuenten con un marco jurídico completo para su prestación.

Es importante recalcar que, de acuerdo al sistema jurídico mexicano, los reglamentos y las normas no pueden establecer derechos y obligaciones más allá de aquellos establecidos en ley, y muchos menos contravenir sus disposiciones, por lo que los derechos de los enfermos en situación terminal y diversas prohibiciones, como la del suicidio asistido y la eutanasia pasiva, permanecen protegidos en los mismos términos de la Ley.

En el tema del presupuesto, sin embargo, la reforma a la Ley General de Salud no se acompañó de una partida debidamente etiquetada en el Presupuesto de Egresos de la Federación en el año de su aprobación, ni en los posteriores, lo que ha impedido una correcta implementación de las disposiciones de ley⁶. Esta asignación se hace por medio de partidas etiquetadas que se refieren a gastos específicos de las diversas entidades de la administración pública. Por esta razón, al no existir una partida específica para la implementación de los CP, los centros públicos de salud

5 Son regulaciones técnicas de carácter obligatorio. Regulan los productos, procesos o servicios, cuando éstos puedan constituir un riesgo para las personas, animales y vegetales así como el medio ambiente en general, entre otros.

6 En México, el presupuesto de los centros públicos de salud es asignado en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación que envía el Presidente de la República a inicios del mes de setiembre.

deben “ingeniárselas” para sufragar los gastos a partir de otros rubros de su presupuesto, o en la mayoría de los casos, simplemente prescindir de su implementación.

A finales de 2012, tres años después de la entrada en vigor de la reforma de la Ley General de Salud, la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), exhortaron al Ejecutivo Federal, mediante diversos puntos de acuerdo, para incluir en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación de 2013 una partida presupuestal para la implementación de los CP⁷. Sin embargo, dicha partida estuvo ausente, tanto en el mencionado proyecto de presupuesto entregado por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados como en el presupuesto definitivo aprobado por esta última, no lográndose así el objetivo trazado.

4. Contexto de los cuidados paliativos a nivel nacional

De las 590.693 muertes registradas en México en el 2011 (INEGI, 2013), se ha calculado que alrededor de 196 mil fueron enfermos que en situación terminal requirieron CP para mitigar los síntomas de su enfermedad. Sin embargo, se tiene registro que anualmente se expiden aproximadamente 700 recetas de estupefacientes con código de barras, de los que cada uno posee 50 recetas (Flores et al., 2009, 71). Es decir, sólo 35,000 recetas para, al menos, 196 mil que podrían requerir estos fármacos para el manejo del dolor.

Por otro lado, en el territorio nacional existen 71 centros de CP correspondientes a primer nivel, 34 en el segundo nivel y 10 en el tercer nivel (Pastrana et al., 2012, 226). Cuatro de estos últimos brindan servicios exclusivos de CP, es decir poseen recursos humanos y materiales enfocados únicamente a brindar este tipo de cuidados sin ser compartidos por los

7 Sen. Gabriel Ávila, publicado en la Gaceta del Senado del día 23 de octubre de 2012; Dip. Flor Ayala, publicado en la Gaceta Legislativa de la Cámara de Diputados del 28 de noviembre de 2012; y Dip. Orlando Anaya, en la versión estenográfica de la sesión del 27 de octubre de 2012 de la ALDF.

servicios propios de las Clínicas del Dolor, y cuentan con medios multidisciplinarios para esta labor: médicos especializados, profesionales de enfermería, trabajo social, psicología, nutrición, rehabilitación, terapeutas respiratorios y tanatólogos. Estos son: el Instituto Nacional de Cancerología, Instituto Nacional de Pediatría, Instituto Nacional de Neurología y el Instituto Nacional de Cardiología, todos ellos ubicados en el Distrito Federal (Plancarte, 2013).

A su vez existen seis hospitales de tercer nivel que proporcionan atención en CP de manera conjunta con las Clínicas del Dolor, compartiendo área física, recursos tecnológicos y humanos, contando principalmente con algólogos, profesionales en enfermería, psicólogos, trabajadores sociales y tanatólogos (Pastrana et al., 2012, 222).

En el primer nivel de atención se encuentran las residencias tipo hospicio que ofrecen CP, la mayor parte de estos hospicios pertenecen a organizaciones de la sociedad civil. Se tiene registro que existen 7 residencias tipo hospicio, mismas que poseen entre 5 y 10 camas. Dentro del Distrito Federal el programa perteneciente a la Red Ángel, cuenta con 16 equipos distribuidos en las 16 delegaciones que brindan también este servicio (Pastrana et al., 2012, 224).

Es importante considerar que un 90% de los CP se ejercen en las instituciones públicas. En el ámbito privado, únicamente el 10% restante. En ambos casos se incluye la atención domiciliaria (Flores, et al., 2009, 96).

Asimismo, existen sólo 115 servicios de CP en el territorio nacional, con capacidad sumamente variable y la gran mayoría de ellos restringidos a unas cuantas decenas de enfermos. Es inquietante estimar que la gran mayoría de población con estas necesidades, no pueda tener acceso a los servicios que requieren.

Por otro lado, aunque no se cuentan con las cifras específicas del total del equipo multidisciplinario certificado/capacitado para impartir CP, se tiene registro que, hasta el año 2012, sólo 250 médicos habían realizado cursos específicamente en esta materia (Pastrana et al., 2012, 222).

5. Percepciones del desarrollo de los cuidados paliativos en México a partir de la reforma a Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos

A partir de la modificación de la Ley General de Salud en materia de CP, se creó el Programa Nacional de CP (PALIAR) como parte del Sistema Integral de Calidad en Salud (SICALIDAD), dependiente de la Secretaría de Salud. Asimismo, dicha Secretaría impulsó los CP a través de la Comisión Coordinadora de Institutos Nacionales de Salud y Hospitales de Alta Especialidad (CINSHAE). Esta Comisión reúne mensualmente a los representantes de cada hospital para que comuniquen avances, dificultades y éxitos en los programas de CP. Sin embargo, aún no hay un sistema gubernamental de auditoría, evaluación o control de calidad que monitoree el estándar de prestación de servicios de CP (Pastrana et al., 2012, 222). Tampoco existen mecanismos federales de seguimiento para la instalación de unidades de CP, equipamiento de las unidades existentes o la profesionalización del personal de salud en esta materia.

Por otro lado, con la finalidad de conocer concretamente la influencia de la reforma en CP dentro de la Ley General de Salud, específicamente en el capítulo III artículo 166 Bis 13 sobre las Instituciones del Sistema Nacional de Salud, a continuación se presentan los fragmentos más relevantes que resumen las entrevistas a profundidad realizadas durante el 2013 a los directores de cuatro Institutos Nacionales del Sector Salud⁸ a los que se les cuestionó sobre los cambios percibidos en los servicios de CP a partir de las reformas a la Ley:

8 Se tomó como criterio de selección a Instituto Nacional de Pediatría, Instituto Nacional de Cancerología (INCan), Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía “Manuel Velasco Suárez” y el Instituto Nacional de Cardiología “Ignacio Chávez”, puesto que representan hospitales de referencia de tercer nivel en la tratamiento de CP, y que poseen un área diferenciada a las Clínicas del Dolor, dentro de los mismos Institutos (Pastrana et al., 2012).

Instituto Nacional de Pediatría

El Dr. Armando Garduño, Jefe de la Unidad de CP del Instituto Nacional de Pediatría, (en comunicación personal del 2 de mayo de 2013) afirma que a partir del año 2006 se han impartido CP a población infantil en estado terminal; a partir de ese momento se ha podido conformar un equipo interdisciplinario que atienda a esta población. Sin embargo, la reforma en CP en 2009, no representó un cambio considerable en la forma de impartirlos ni en los alcances de la Unidad.

Instituto Nacional de Cancerología (INCan)

Por su parte, el Dr. Ricardo Plancarte Sánchez, Jefe del Servicio de Clínica del Dolor y CP del Instituto Nacional de Cancerología, (en comunicación personal del 11 de abril de 2013) indicó que, si bien es cierto, el instituto se configura como un referente nacional e internacional en materia de CP, contando con una considerable capacidad de atención en personal y recursos para brindar estos servicios; llama la atención que desde la reforma de la Ley General de Salud en materia de CP, no se ha presentado ningún cambio en las instalaciones y recursos materiales y humanos proporcionados por el Gobierno Federal.

Las modificaciones hechas en los últimos años en el área correspondiente a CP en este instituto han sido producto de las consideraciones hechas por las autoridades internas. Desgraciadamente, dentro del organigrama del Instituto Nacional de Cancerología aún no está considerada el área de CP.

Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía “Manuel Velasco Suárez”

La Dra. Zoila Trujillo de los Santos, Jefa de la Clínica del Dolor del Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía “Manuel Velasco Suárez”, (en comunicación personal del 11 de abril de 2013) destaca que no ha existido modificación dentro de los equipos y las acciones enfocadas para el tratamiento en CP relacionados con la reforma anteriormente mencionada. El desarrollo que se ha alcanzado hasta el momento se debe a la organización de los médicos que laboran en el instituto, de esta forma

se ha elaborado el Programa de Redes de Apoyo para CP para el paciente neurológico, que cuenta con las áreas de capacitación, difusión, investigación y asistencia (seguimiento telefónico y consulta externa). El apoyo ha sido más bien deficiente por parte del Gobierno Federal, limitando los alcances de las reformas establecidas dentro de la Ley General de Salud.

Instituto Nacional de Cardiología “Ignacio Chávez”

El Dr. Enrique López Mora, Jefe de las Clínicas de Insuficiencia Cardíaca y Paliativos del Instituto Nacional de Cardiología “Ignacio Chávez”, (en comunicación personal del 13 de mayo de 2013) afirma que el desarrollo en CP ha sido progresivo desde la fundación de dicho Instituto, independientemente de la reforma citada.

Sin embargo, la reforma de la Ley General de Salud en materia de CP fue un estímulo importante para generar un plan de trabajo sistemático dentro del área, inexistente en todos los demás hospitales del país especializados en el área cardiológica. Dentro de este plan de trabajo, se evidencia la necesidad de aplicar CP a los pacientes con enfermedades en etapa terminal y se precisa la necesidad de un equipo multidisciplinario.

En el Instituto, a partir de dicho plan, se integró al área de CP: un médico cardiólogo, un médico psiquiatra, dos psicólogas, una enfermera, una tanatóloga, una nutrióloga y una bioeticista. Sin embargo, el personal ya existía dentro del Instituto en otras áreas del mismo.

Desde el 2009 se conformó en el Instituto la Estrategia Integral de CP, que implica los cuidados médicos, atención tanatológica y psicológica, al paciente y su familia. Por tanto, la entrada en vigor de la reforma de la Ley General de Salud en materia de CP, influyó en la forma de organizar y reestructurar los recursos materiales y humanos pertenecientes con anterioridad al Instituto Nacional de Cardiología. Sin embargo, no significó mayor presupuesto ni ampliación y/o creación de nuevas áreas para este tipo de atención a los pacientes con enfermedades en estado terminal. En México, ningún otro hospital del área cardiológica brinda de manera integral los CP a los pacientes y sus familiares.

Por todo lo anterior, y a través de esta breve pesquisa sobre la

implementación de CP en Institutos Nacionales de la Secretaría de Salud se pudo observar con claridad que la reforma en materia de CP dentro del Ley General de Salud, no ha tenido influencia considerable en el desarrollo de los mismos dentro de dichos Institutos.

A su vez, es importante mencionar la considerable influencia en la mejora e implementación que los CP, producto de las acciones desarrolladas por autoridades internas y médicos pertenecientes a los propios Institutos, independientemente de los incentivos proporcionados por la administración federal.

6. Conclusiones

Es importante resaltar que, si bien es cierto que la reforma de la Ley General de Salud en materia de CP intenta abarcar el tratamiento médico para los pacientes con enfermedades en estado terminal, la atención psicológica, tanatológica y espiritual no se enuncia como parte esencial de los mismos, siendo que estas áreas constituyen aspectos esenciales según lo establece la Organización Mundial de la Salud y la Declaración de Venecia. La atención psicológica, tanatológica y espiritual representan un apoyo imprescindible, tanto para el enfermo como para su familia que atraviesan por uno de los momentos de mayor vulnerabilidad, psicológica y emocional de la vida.

Asimismo, las acciones y cambios realizados en los Institutos analizados, a raíz de dicha reforma, se han desarrollado principalmente por la iniciativa y esfuerzos de las autoridades internas y médicos de los propios Institutos, dejando notar que tal reforma no se ha logrado llevar al terreno de la práctica, principalmente porque no han sido designados presupuestos con partidas etiquetadas para esta materia.

Ante este panorama, donde más se percibe una falta de atención a las necesidades de los enfermos en situación terminal, es específicamente en el rubro de las facultades y obligaciones de las Instituciones del Sistema Nacional de Salud. Es esencial considerar el rol que tiene el Estado al ser el responsable de proporcionar atención médica integral al total de su población, incluyendo a las personas con enfermedades en situación terminal.

La evidente carencia de atención integral de los enfermos en situación terminal por parte del Estado, así como las consecuencias derivadas de esta, constituyen una violación a las obligaciones internacionales adquiridas por México en pactos internacionales. Aunque se han hecho esfuerzos para lograr que los CP lleguen a quienes los necesitan, mientras el Estado mexicano no logre pasar de la letra de la ley a una verdadera implementación de los mismos, seguirá incumpliendo sus obligaciones constitucionales e internacionales.

Finalmente, es también esencial que la sociedad civil en México alcance un conocimiento informado acerca de los derechos y obligaciones que poseen ante las acciones médicas al final de la vida. Dicho conocimiento permitirá a los ciudadanos ejercerlos y cumplirlos de una mejor manera, estableciendo una relación de corresponsabilidad con el propio Estado, con la única finalidad de salvaguardar la integridad ante el dolor físico y emocional del propio enfermo y su familia.

7. Bibliografía

- Allende, Silvia y Carvell Hellen. 1996. México: status of cancer pain and palliative care. *Journal of Pain and Symptom Management* 12 (1996-2).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. 1966. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.
- Asociación médica mundial. 1983. *Declaración de Venecia de la AMM sobre la Enfermedad Terminal*. World Medical Association. <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/i2/>.
- Castillo Yazmín y José Méndez. 2011. *Guía de Cuidados Paliativos*, Calidad de Vida, Garduño Armando. México: Corinter.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2014. http://dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf.
- Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley General de Salud en Materia de Cuidados Paliativos. 2009. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5076793&fecha=05/01/2009.

- Economist Intelligence Unit. 2010. *The quality of death Ranking end-of-life care across the world*. http://www.eiu.com/site_info.asp?info_name=qualityofdeath_lienfoundation&page=noads.
- Flores, Alberto, Lara Argelia y Guillermo Aréchiga. 2009. Clínicas del dolor y cuidados paliativos en México: manejo del estreñimiento inducido por opiáceos. Conclusiones de un grupo de expertos. *Revista de la Sociedad Española del Dolor* 16 (2009–08).
- González, Cristina; José Méndez; Juan Romero, Juan Bustamante et. al. 2012. Cuidados paliativos en México. *Revista Médica Hospital General de México* 75 (2012–3).
- Human Rights Watch. 2011. *Global State of Pain Treatment. Access to Palliative Care as a Human Right*. <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/hhr0511W.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI). 2013. *Estadísticas a propósito del día de muertos*. <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/muertos0.pdf>.
- Montejo, Gustavo. 1992. El enfermo con cáncer incurable y la medicina paliativa en México. *Salud Pública de México* 34 (1992–5).
- Montes de Oca, Gabriela. 2006. Historia de los Cuidados Paliativos. *Revista Digital Universitaria* 7 (2006–4). <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/hhr0511W.pdf>.
- Nowak, Anand y Grover, Manfred. 2008. *Conjunct mandate of the Special Rapporteur on the question of torture and the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health to the Chairperson of the 52nd Session of the Commission on Narcotic Drugs*. http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/12.10.2008%20Letter%20to%20CND%20fromSpecial%20Rapporteurs.pdf.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). 2002. *Programas nacionales de lucha contra el cáncer: directrices sobre política y gestión*. <http://www.who.int/cancer/media/en/423.pdf>.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). 1990. Air quality guidelines for Europe. *WHO Regional Publications European*. Series 23. Copenhagen.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). 1948. *Declaración Universal de*

Derechos Humanos. http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml.

Pastrana, Tania, Liliana De Lima, Juan José Pons, y Carlos Centeno. 2013. *Atlas de Cuidados Paliativos de Latinoamérica*. Edición cartográfica. <http://cuidadospaliativos.org/uploads/2014/3/Atlas%20Latinoamerica%20-%20edicion%20cartografica.pdf>

Pastrana, Tania; De Lima, Liliana; Pons, Juan José y Centeno, Carlos. 2013. *Atlas de Cuidados Paliativos en Latinoamérica*. https://www.intec.edu.do/downloads/pdf/biblioteca/011-biblioteca_normas_chicago.pdf

Pastrana, Tania, Liliana De Lima, Roberto Wenk, Jorge Eisenchlas, Carolina Monti y Javier Rocafort. 2012. *Atlas de cuidados paliativos en Latinoamérica ALCP*. Houston: IAHCPC Press.

Quesada, Lisbeth. (2008). Derechos humanos y Cuidados Paliativos. *Revista Médica de Honduras* 76: 39-43.

Salomón, María; Carlos Otón Gayosso, Eduardo Pliego, Zambrano, et. al. 2008. Una propuesta para la creación de unidades de cuidados paliativos en México. *Medicina Interna de México* 24: 20-3.

Aspectos centrales del procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: análisis casuístico

Andrés Rousset Siri

Master en Protección Internacional de Derechos Humanos,
Universidad de Alcalá (España). Doctorando en Derecho Internacional,
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Integrante de la Oficina de Asistencia en Causas por Violaciones a los
Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado en Mendoza,
Ministerio Público de la Nación Argentina (Argentina).

Resumen: El presente artículo aborda, desde la casuística, los aspectos centrales de un acuerdo de solución amistosa celebrado ante un organismo de protección internacional de derechos humanos –en concreto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– y las diversas vicisitudes que pueden presentarse en el desarrollo del mismo. Asimismo, se intentará sentar postura en ciertos temas que en el desarrollo histórico de este proceso conciliatorio ha generado discusiones o dificultado su efectiva aplicación.

Palabras clave: conciliación; solución amistosa; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; derechos humanos; sistema interamericano.

Abstract: This article discusses the central aspects of the friendly settlement agreement signed before the Inter American Commission on Human Rights, international human rights body, and the difficulty that can arise in its development. It also pretends to set position on issues that in the historical development of this conciliation process have created discussions or hindered its effective implementation.

Keywords: conciliation; friendly settlement; Inter-American Commission on Human Rights; Human Rights; inter-american systems.

Sumario

1. Introducción

2. El concepto de ASA y su naturaleza jurídica

3. El ASA ante la CIDH

3.1 Momento de procedencia del acuerdo de solución amistosa

3.2 El rol de la CIDH en el marco de un ASA

3.3 Requisitos de validez del ASA

3.4 Consecuencias del fracaso del proceso del ASA

3.5 Obligatoriedad del informe de la CIDH

4. Discusiones relevantes en el marco de un ASA ante la CIDH

4.1 La improcedencia del acuerdo conciliatorio por la naturaleza de la violación a los Derechos Humanos: supuestos

4.2 La determinación de responsabilidad como condición de validez del ASA

4.3 Pautas para la aprobación del ASA

5. Conclusión

6. Bibliografía

6.1 Jurisprudencia

Parecía que bastaba que la CIDH hubiera aceptado el caso para que el Gobierno llegara a un acuerdo con nosotros, pero su única oferta fue para darnos una compensación económica, si es que nosotros desistíamos. Nosotros hicimos una contrapropuesta: Que nos entregaran a Ernesto. Pero ahí quedó¹.

1. Introducción

Este artículo tiene como principal objetivo abordar ciertas particularidades de los acuerdos de solución amistosa (en adelante “ASA”), como mecanismo incidental de naturaleza conciliatoria, en el marco de un proceso contencioso internacional cuyo fin sea la protección de derechos humanos.

La complejidad de esta primera referencia merece su desglose en

1 Palabras de Carmen Páez, madre de Ernesto Rafael Castillo Páez, ante la Corte IDH en el Caso Castillo Páez vs. Perú (Beristáin, 2008, 308).

orden a comprender las importantes nociones sobre las que se ha ido construyendo el procedimiento que pretendemos estudiar:

- a) La controversia como presupuesto representa el punto de partida del tema seleccionado. Éstas existen desde los orígenes mismos del Derecho Internacional, principalmente entre Estados, por distintos motivos y persiguiendo diversas finalidades. Incluso la Corte Internacional de Justicia ha entendido por “*controversia*” todo desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos partes².
- b) La tradicional forma de solucionar los conflictos entre Estados implicó históricamente el recurso del uso de la fuerza, herramienta que fue paulatinamente morigerada por el Derecho Internacional a través de diversos principios, fundamentalmente, el de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, hoy erigido como norma imperativa de *ius cogens*³.
- c) La principal función que está llamada a desempeñar el ordenamiento internacional en nuestros días es el mantenimiento del modelo de relaciones original y específico del grupo social internacional, cuyo principal postulado jurídico es la preservación de la paz y seguridad internacional (Jiménez Piernas, 2011, 25).
- d) Para ello se han regulado en tal ámbito jurídico distintos métodos pacíficos cuyo fin es lograr el cese de las controversias planteadas entre Estados. Ellas son: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección (Carta de las Naciones Unidas, 1945, art. 33)⁴.

2 Corte IJ, *Caso Liechtenstein vs. Alemania*, Ciertos bienes, Sentencia de 10 de febrero de 2005, excepciones preliminares, párr. 25.

3 Corte IJ, *Caso Nicaragua vs. Estados Unidos*, Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, párr. 190.

4 En el ámbito regional americano, este principio y las formas previstas fueron introducidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (Capítulo V, artículos 24 a 27).

- e) La justiciabilidad del conflicto (el sometimiento del mismo a consideración de un órgano jurisdiccional supralegal encargado de resolver conflictos, sea de manera esporádica o permanente y al que los Estados en litigio le han encomendado tal función), sirve a tales propósitos.
- f) Ello es plenamente aplicable a un órgano de protección internacional de los derechos humanos –aun cuando no sea jurisdiccional– como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “CIDH” o la “Comisión”) con dos notas particulares:
- La solución internacional de casos de derechos humanos no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (como los que se ventilan ante la Corte Internacional de Justicia), por tratarse de contextos fundamentalmente distintos. Los Estados no cuentan, en el primero, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo⁵.
 - El *locus standi in judicio* del sujeto pasivo en este tipo de procesos admite también (y principalmente) a los individuos, ello trasladado a un ASA permite ubicar a la víctima en el escenario del litigio en situación de desventaja al ser sustancialmente más débil en comparación con un Estado soberano.
- g) En términos generales, los Estados logran a través de este procedimiento evitar una condena, aun cuando muchas veces no logren evitar la declaración de responsabilidad internacional. Además, si el mismo cumple con los compromisos adquiridos mediante el acuerdo puede forjar una imagen sumamente positiva en el ámbito internacional de que se trate.
- h) Las víctimas, también pueden verse beneficiadas con la posibilidad de obtener una reparación al daño sufrido en un tiempo prudencial sin necesidad de someterse a un litigio internacional que en ocasiones representa para las mismas un mayor costo material, una fuerte carga

5 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 47.

emotiva y mayor incertidumbre en el resultado. Asimismo, le permite participar activamente en la propuesta de las medidas de reparación no pecuniarias que considera necesarias para poner fin al litigio.

- i) Finalmente, implica un beneficio para el sistema de protección en el que se inserta dado que pueden descomprimir su registro de casos a través de este procedimiento.

2. El concepto de ASA y su naturaleza jurídica

Entendemos por ASA al mecanismo de tipo incidental en virtud del cual las partes del proceso acuerdan poner fin al litigio mediante la asunción de compromisos recíprocos que, en mayor o menor medida, tienden a reparar integralmente el daño causado por uno de ellos (el Estado) en beneficio de la otra parte (la víctima); el cual debe ser homologado por algún órgano del sistema de protección con facultades para ello (para asegurar el desequilibrio ínsito entre las partes) en orden a verificar que sea acorde con el respeto de los derechos humanos y cuyo cumplimiento queda bajo su supervisión.

Al momento de encuadrar este concepto entre las figuras que tradicionalmente se utilizan para el arreglo pacífico de controversias, adherimos a los autores que entienden que se trata de una forma de “*conciliación*” (Faúndez Ledesma, 2004, 432; Carmona Tinoco, 2005, 83–122; Sepúlveda, 1984, 242; Cardozo, 1998, 391); ello debido a que en la misma, un tercero ajeno a las partes presta asistencia a las mismas a los efectos de que logren un acuerdo sobre los puntos del conflicto, sin que este tercero pueda imponer una solución. La Corte IDH ha señalado que la Comisión posee una función conciliatoria, pues le corresponde procurar soluciones amistosas así como formular recomendaciones pertinentes para remediar la situación examinada⁶.

El acercamiento de las partes a efectos del fin perseguido por el instituto ha llevado a que se lo defina con atino como *político-diplomático*, debido a que su esencia consiste, básicamente, en la negociación que

6 Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A No. 101, párr. 22.

lleven adelante las partes en orden a los extremos que deben darse para tener un caso como “*arreglado*”, y contando siempre con la supervisión del órgano competente del que se trate (Faúndez Ledesma, 2004, 432).

Sin dudas la posibilidad de acudir a un ASA en un proceso contencioso internacional por violaciones a los derechos humanos se presenta como un incidente aleatorio. En consecuencia, cabe apuntar respecto a su naturaleza jurídica que además de ser (desde su función) una herramienta de conciliación, se presenta (desde sus efectos) como un método de finalización anormal del procedimiento en el que se inserta, toda vez que de arribar a este tipo de acuerdos el órgano emitirá, previa verificación de compatibilidad con los derechos humanos, una resolución que pondrá fin a la disputa y que puede ser diferente a la que se habría emitido en caso de no haberse arribado a este acuerdo. A modo de ejemplo, cuando se arriba a un ASA ante la CIDH, esta no emite un informe a tenor de lo previsto por el artículo 51 de la CADH, sino un informe específico previsto y regulado por el artículo 49, en el que da cuenta del acuerdo alcanzado y los efectos que sobre el mismo decida.

La intervención del órgano internacional se explica al encontrarse la víctima en una situación de inferioridad material en relación a su contraparte. Por ello, resulta fundamental que se activen todos los mecanismos tendientes a evitar abusos por parte del Estado, como puede ser el aprovechamiento de la inexperiencia, la debilidad o la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima que ya ha padecido la violación de sus derechos y se encuentra expuesta a futuros incumplimientos, amenazas o presiones (Beristaín, 2008, 327).

El ASA puede tener tantos contenidos como las partes crean conveniente. No obstante, los órganos de protección deben garantizar un piso mínimo para que dicho acuerdo sea válido y, por ello, el mismo debería tener las siguientes características: a) debe existir un “*acuerdo base*” (“*friendly settlement declaration*” en la práctica del sistema europeo de derechos humanos), es decir, una declaración conjunta en la que se consignan los objetivos a alcanzar para la resolución del caso; b) aunque parezca una obviedad, el contenido del acuerdo debe ser respetuoso de los derechos humanos o no ser contrario al contenido ni al espíritu de los tratados

aplicables; y c) el procedimiento de solución amistosa es facultativo, en el sentido de que su génesis sólo tendrá lugar sobre la base del consentimiento de las partes, el cual deberá mantenerse durante todo el proceso.

3. El ASA ante la CIDH

La CIDH se presenta como un órgano autónomo de la OEA, creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y funcionar como órgano consultivo en la organización en esta materia (Estatuto de la CIDH, art. 1.1; Reglamento de la CIDH art. 1.1). Jurisprudencialmente se ha dicho que la misma es una “parte *sui generis*, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un ‘ministerio público’ del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (CADH, art. 48.1.f)⁷.

Sin desconocer que la misión de promover y proteger los derechos humanos en los Estados miembro de la OEA se cumple a través de un importante cúmulo de funciones o herramientas de distinta índole (González Morales, 2009, 38), en este trabajo sólo haremos referencia a la función cuasi judicial de la CIDH que ejerce a través del trámite de peticiones individuales contemplado en los artículos 44 a 51 de la CADH y los correspondientes de su reglamento, en el cual se puede –eventualmente– dar un ASA.

La CADH asigna competencia a la CIDH para que al momento de recibir una petición se ponga a disposición de las partes en orden a procurar una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos⁸.

7 Corte IDH, *Caso Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A No. 101, voto salvado del Juez Rodolfo E. Piza E., párr. 40.

8 La Corte IDH, si bien convencionalmente no tiene competencia para promocionar avenimiento alguno entre las partes, reglamentariamente ha adquirido facultades de supervisión de acuerdos de solución amistosa u otro tipo de avenimiento que sea sometido a su conocimiento a los efectos de que se pronuncie sobre su alcance y efectos (Corte IDH, *Casos Bulacio vs. Argentina, Pacheco Teruel vs. Honduras y Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*)

El rol de la CIDH en este sentido, va más allá de una simple invitación a las partes con fines conciliatorios dado que interviene y organiza reuniones de acercamiento entre las mismas y colabora para establecer las bases de acuerdo.

Luego le cabe como rol supervisar lo pactado, pudiendo emitir un informe que pone fin al pleito pero manteniendo facultades para la supervisión de su cumplimiento (CADH, art. 49).

La razón para que la CIDH sea el principal órgano promotor de este tipo de acuerdos se debe a su carácter extrajudicial, cuya actividad no es propiamente contenciosa y por ello está en mejores condiciones de realizar una conciliación (Salgado Pesantes, 1999, 93). A ello cabe agregar las mayores concesiones que pueden hacer las partes, las que ante la Corte IDH serían improcedentes por violentar normas vinculadas con el orden público procesal⁹.

Si bien el acuerdo de solución amistosa se encuentra contemplado convencionalmente, la CIDH incorporó este procedimiento en la reforma de su reglamento del año 1980, adquiriendo su configuración actual a través de la reforma introducida en el año 2000.

La redacción actual del artículo 40 del reglamento de la CIDH establece que:

1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.
2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes.
3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes.

9 Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Fondo, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Serie C No. 26, párr. 28.

4. La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.

5. Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso.

Procuraremos estudiar esta norma desglosando los siguientes temas: a) momento de procedencia del ASA; b) rol de la CIDH en el ASA; c) contenido del ASA; d) efectos del acuerdo alcanzado entre las partes; e) consecuencias del fracaso del ASA y d) obligatoriedad del ASA.

3.1 Momento de procedencia del acuerdo de solución amistosa

Si alguna confusión pudiera generar la ubicación del ASA en el artículo 48.1.f de la CADH, luego de los artículos 44 y subsiguientes que regulan la admisibilidad de una petición y sus efectos, el reglamento de la CIDH es claro al señalar que dicho organismo internacional puede ponerse a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso. Si bien algunos autores entienden que para que proceda el acuerdo conciliatorio es necesario que la misma cuente con un acabado conocimiento de la causa, que sólo se lograría luego de la etapa de admisibilidad (Sepúlveda, 1984, 247; De Piérola y Loayza, 1995, 173–227 y Faúndez Ledesma, 2004, 247), la práctica de la CIDH ha demostrado la

flexibilidad permitida en esa instancia, dependiendo en realidad de las características del caso concreto, no correspondiendo a priori “*rigidizar su oportunidad*” (Ayala Corao, 2000, 118).

De los casos documentados por la CIDH en sus informes de solución amistosa, el momento procesal en el que se desarrollan tales acuerdos orbitan en su gran mayoría entre la presentación de la demanda y el informe de admisibilidad¹⁰, o bien luego de emitido este último¹¹. Incluso, se han verificado casos de acuerdos de solución amistosa en las fases finales del procedimiento, es decir, en la etapa de cumplimiento del informe del artículo 50¹², aunque no así cuando ya se ha emitido el informe del artículo 51 de la CADH.

- 10 A modo de ejemplo véase: CIDH, *Caso 11.217, Paulo Guardatti, Argentina*, Informe de 14 de octubre de 1997, No. 31/97; CIDH, *Colombia/ Informe N° 45/99, Caso 11.525, Roison Mora Rubiano* (09/03/99); Ecuador/ *Informe N° 100/00*; CIDH, *Caso 11.991, Kelvin Vicente Torres Cueva*, (05/10/00); CIDH, *Guatemala/ Informe N° 67/03, Caso 11.766, Irma Falquer* (10/10/03); CIDH, *Bolivia/ Informe N° 70/07, Petición 788-06, Víctor Hugo Arce Chávez* (27/07/07); CIDH, *México/ Informe No. 24/09, Caso 11.822, Reyes Penagos Martínez y otros* (20/03/09); CIDH, *Uruguay/ Informe No. 18/10, Petición 228-07, Carlos Dogliani* (16/03/10); CIDH, *Venezuela/ Informe No. 63/13, Caso 12.473, Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros* (16/07/13), entre otros.
- 11 CIDH, *Argentina/ Informe No 103/01, Caso 11.307, María Merciadri de Morini* (11/10/01); CIDH, *Perú/ Informe N° 71/03, Petición 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez* (10/10/03); CIDH, *Argentina/ Informe No. 79/09, Caso 12.159, Gabriel Egisto Santillán* (30/10/08); CIDH, *Argentina/ Informe N° 102/05, Caso 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack De Schiavini* (27/10/05); CIDH, *Argentina/ Informe No. 15/10, Petición 11.758, Rodolfo Luis Correa Belisle* (16/03/10); CIDH, *Paraguay/ Informe No. 24/13, Caso 12.358, Octavio Rubén González Acosta* (20/03/10); CIDH, *Ecuador/ Informe No. 61/13, Caso 12.631, Karina Montenegro y otras* (16/07/13), entre otros.
- 12 CIDH, *Brasil/ Informe N° 95/03, Petición 11.289, José Pereira* (24/10/03); CIDH, *Perú/ Informe N° 31/04, Petición 12.078, Ricardo Manuel Semoza Di Carlo* (11/03/04); CIDH, *Guatemala/ Informe N° 100/05, Petición 10.855, Pedro García Chuc* (27/10/05); CIDH, *Colombia/ Informe N° 105/05, Petición 11.141, Masacre Villatina* (27/10/05).

Ni la CADH, ni el reglamento de la CIDH impiden la posibilidad de arribar a un ASA luego de la emisión del informe del artículo 51, pero en la práctica no se han verificado acuerdos durante esta etapa. Entendemos que su procedencia en esta etapa procesal sólo serviría a efectos del cumplimiento de las medidas de reparación que se hayan dispuesto y pasible sólo de supervisión por parte de la CIDH a los efectos de verificar el cumplimiento de las mismas, dado que el informe de fondo fue el que puso fin al pleito y no en el avenimiento de las partes, por lo que sería improcedente invocar el art. 49 convencional.

Ahora bien: ¿es posible acudir a este procedimiento una vez que el caso ha sido elevado a la Corte IDH?

El hecho de que el reglamento de la CIDH no refiera a esta circunstancia no excluye la posibilidad de que una vez que el asunto ha salido de la jurisdicción de la CIDH, las partes puedan llegar a una solución amistosa y que la misma tenga efectos sobre el caso (Faúndez Ledesma, 2004, 449). El autor citado expone el ejemplo del desistimiento planteado por la CIDH en el caso Maqueda, luego de que se hubiese arribado a un acuerdo de solución amistosa en el seno de dicho organismo internacional; aunque con motivo de la última reforma reglamentaria y el rol activo de la víctima en el proceso, sería ella a través de su representante quien debería desistir de su pretensión, siempre con la homologación posterior de la Corte.

3.2 El rol de la CIDH en el marco de un ASA

Al inicio del procedimiento, la CIDH suele ser la responsable de que las partes inicien las primeras conversaciones en orden a lograr el arreglo del caso, o bien, en otras oportunidades ella ha canalizado la pretensión de alguna de las partes a tales efectos. Iniciar este procedimiento puede ser una voluntad tanto del peticionario como del mismo Estado¹³, la CIDH sólo cumple en tal sentido un rol facilitador de la conciliación.

13 Aunque no es la regla, el Estado puede ser quien tenga la iniciativa en orden a celebrar un acuerdo amistoso. Véase a modo de ejemplo: CIDH, Guatemala/ *Informe N° 66/03, Caso 11.312, Emilio Tec Pop* (10/10/03); CIDH, Guatemala/ *Informe N° 100/05, Petición 10.855, Pedro García Chuc* (27/10/05).

En la etapa inicial algún miembro de la CIDH participa personalmente en el proceso de negociación (generalmente el relator del país de que se trate), sobre todo aportando la experiencia del órgano para lograr la mejor tutela de los derechos en juego, con la ventaja de la inmediatez que ello supone en tal crítico momento previo al acuerdo, trasladándose a tales efectos el funcionario hacia dicho Estado¹⁴.

También la CIDH suele adoptar otras funciones adicionales a la colaboración prestada para arribar al acuerdo, llegando en ocasiones a resolver cuestiones que se ventilan en el marco del ASA, a pedido de parte, y respecto de las cuales las partes no se ponen de acuerdo, verbigracia la selección de peritos independientes para actuar en un caso¹⁵.

Asimismo, con base en los incisos 4°, 5° y 6° de su reglamento, puede dar por concluida su intervención conciliadora si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía o cuando alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos o decide continuar el caso porque no se arriba a un acuerdo.

3.3 Requisitos de validez del ASA

Del párrafo 2° y 5° del reglamento se colige que en el acuerdo alcanzado, debe figurar de manera obligatoria la conformidad de la víctima o su representante y de los funcionarios estatales autorizados a comprometer la responsabilidad del Estado.

Otra cuestión que debe incorporarse en el acuerdo base es la referen-

14 Véase entre otros ejemplos: CIDH, Argentina/ *Informe No. 16/10, Petición 11.796, Mario Humberto Gómez Yardez*, (16/03/10); CIDH, Paraguay/ *Informe No 90/99, Caso 11.713, Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet -Riachito-* (29/09/99); CIDH, México/ *Informe N° 107/00, Caso 11.808, Valentín Carrillo Saldaña* (04/12/00), CIDH, Ecuador/ *Informe N° 100/00, Caso 11.991, Kelvin Vicente Torres Cueva* (05/10/00).

15 CIDH, México/ *Informe N° 69/03, Petición 11.807, José Alberto Guadarrama García* (10/10/03), párr. 9.

cia de los hechos que motivaron el proceso internacional con indicación de las normas de la CADH o de la Declaración Americana, si fuese el caso, que tales hechos han vulnerado.

Si el ASA tiende a poner fin al litigio, necesariamente debe consignar las medidas destinadas a hacer cesar el mismo. Ello en consonancia con el criterio de la Corte IDH respecto del cual toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, recogiendo así una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹⁶.

Cabe señalar que el desarrollo de las medidas de reparación consentidas en el marco de un ASA ha sido conteste con la evolución que ha tenido tal concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, podemos señalar que a la par de las indemnización dispuestas por todo concepto, en muchos casos se han consensuado medidas de “reparación no pecuniarias” como la derogación de normas contrarias a la Convención¹⁷, capacitación a funcionarios públicos¹⁸, entrega de terrenos para vivienda¹⁹, asistencia médica o psicológica a la víctima o sus familiares, subsidios para la educación de esta o de su núcleo familiar²⁰,

16 Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 303.

17 CIDH, Uruguay/ *Informe No. 18/10, Petición 228–07, Carlos Dogliani* (16/03/10); CIDH, Argentina/ *Informe No. 161/10, Petición 4554–02, Valerio Castillo Báez* (01/11/10).

18 CIDH, Ecuador/ *Informe No. 61/13, Caso 12.631, Karina Montenegro y otras* (16/07/13); CIDH, México/ *Informe N° 21/07, Petición 161–02, Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto* (09/03/07).

19 CIDH, Guatemala/ *Informe N° 29/04, Petición 9168, Jorge Alberto Rosal Paz* (11/03/04); CIDH Chile/ *Informe N° 30/04, Petición 4617/02, Mercedes Julia Huenteeo Beroiza y otras* (11/03/04); CIDH Guatemala/ *Informe N° 68/03, Caso 11.197, Comunidad San Vicente De Los Cimientos* (10/10/03).

20 CIDH, Colombia/ *Informe No. 82/08, Petición 477–05, X y Familiares* (30/10/08); CIDH, Ecuador/ *Informe No. 61/13, Caso 12.631, Karina Montenegro y otras*

acciones vinculadas con la recuperación de la memoria histórica, todas las que pueden variar según el caso y la participación de las víctimas en el diseño de tales medidas²¹. A ello puede sumarse medidas de “*restitución*”, tales como la reincorporación en sus cargos a funcionarios destituidos²², el traslado de una detenida para restablecer el contacto con su hijo lactante²³, entre otras.

Aun cuando no es esencial para su validez, se suelen incorporar cláusulas que tienden a disminuir los niveles de conflicto; ejemplo de ello son aquellas destinadas a evitar la multiplicidad de reclamos pecuniarios, imponiendo como obligación a cargo de las víctimas renunciar a efectuar cualquier otra reclamación interna sobre el mismo caso como condición para el pago de las indemnizaciones acordadas²⁴. Dentro de esa línea también podemos encontrar el compromiso del estado de repetir lo pagado como reparación a quien resulte ser responsable de las violaciones que motivaron

(16/07/13); CIDH, Paraguay/ *Informe No. 24/13, Caso 12.358, Octavio Rubén González Acosta* (20/03/10) ; México/ *Informe No. 24/09, Caso 11.822, Reyes Penagos Martínez y otros* (20/03/09).

21 CIDH, Colombia/ *Informe N° 45/99 Caso 11.525 Roisón Mora Rubiano* (09/03/99); CIDH, Colombia/ *Informe N° 46/99, Caso 11.531 Faride Herrera Jaime, Oscar Iván Andrade Salcedo, Astrid Leonor Álvarez Jaime, Gloria Beatriz Álvarez Jaime y Juan Felipe Rúa Álvarez* (09/03/99); CIDH, Guatemala/ *Informe N° 67/03, Caso 11.766, Irma Falquer* (10/10/03).

22 CIDH, Perú/ *Informe N° 71/07, Petición 758-01 y otras, Hernán Atilio Aguirre Moreno y otros* (27/07/07).

23 CIDH, Paraguay/ *Informe No. 25/13, Petición 1097-06, Miriam Beatriz Riquelme Ramírez* (20/03/10).

24 CIDH, Perú/ *Informe N° 75/02 (bis) petición 12.035, Pablo Ignacio Livia robles* (13/12/01); CIDH, Perú/ *Informe N° 70/03; Petición 11.149, Augusto Alejandro Zúñiga Paz* (10/10/03); CIDH, Chile/ *Informe No. 80/09, Caso 12.337, Marcela Andrea Valdés Díaz* (06/08/09).

el ASA²⁵, cláusulas de extensión para casos posteriores²⁶, entre otras.

En ocasiones los Estados logran imponer condiciones que, según creemos, merecerían ser objetadas por la CIDH al momento de homologar el ASA o en el informe del artículo 49 de la CADH, no sólo respecto del caso concreto sino para fijar criterios que puedan ser valorados en casos futuros. Por ejemplo, Colombia luego de reconocer su responsabilidad internacional, aclaró en dos acuerdos relativos a ejecuciones extrajudiciales de civiles por parte de militares que las obligaciones asumidas por el estado eran de medio y no de resultado. Nos parece una disposición innecesaria que debilita la seriedad del compromiso estatal con la vigencia de los derechos humanos reconocidos en la Convención y otros instrumentos. La CIDH nada dijo al respecto al momento de emitir el informe en tales casos²⁷. Otra situación, igualmente criticable, son las cláusulas insertas por los Estados que supeditan el cumplimiento de determinadas medidas a la homologación por parte de la Comisión²⁸.

Otro aspecto negativo, vinculado con el hecho de que la CIDH deba

25 CIDH, Ecuador/ *Informe N° 93/00, Caso 11.421, Edison Patricio Quishpe Alcívar* (05/10/00); CIDH, Ecuador/ *Informe N° 96/00, Caso 11.466, Manuel Inocencio Lallava Guamán* (05/10/00); CIDH, Perú/ *Informe N° 70/03, Petición 11.149, Augusto Alejandro Zúñiga Paz* (10/10/03); CIDH, Argentina/ *Informe No. 79/09, Caso 12.159, Gabriel Egisto Santillán* (30/10/08).

26 CIDH, Perú/ *Informe N° 71/07, Petición 758–01 y otras, Hernán Atilio Aguirre Moreno y otros* (27/07/07); CIDH, Perú/ *Informe N° 21/07, Petición 732–01 y otras, Eulogio Miguel Melgarejo, y otros* (09/03/07); CIDH, Perú/ *Informe N° 20/08, Petición 494–04, Romeo Edgardo Vargas Romero* (13/03/08).

27 CIDH, Colombia/ *Informe N° 45/99 Caso 11.525, Roison Mora Rubiano* (09/03/99), CIDH Colombia/ *Informe N° 46/99, Caso 11.531 Faride Herrera Jaime, Oscar Iván Andrade Salcedo, Astrid Leonor Álvarez Jaime, Gloria Beatriz Álvarez Jaime y Juan Felipe Rúa Álvarez* (09/03/99).

28 CIDH, Chile/ *Informe N° 33/02, Petición 12.046, Mónica Carabantes Galleguillos* (12/03/02); CIDH, Chile/ *Informe N° 32/02, Petición 11.715, Juan Manuel Contreras San Martín, Víctor Eduardo Osses Conejeros y José Alfredo Soto Ruz* (12/03/02); CIDH, Argentina/ *Informe No. 160/10, Petición 242–03, Inocencia Luca Pogoraro* (01/11/10).

emitir un informe diferente para aprobar el acuerdo alcanzado entre las partes, gira en torno a que los mismos no desarrollan jurisprudencia por no ser esto un requisito previsto por la norma. Sólo los hechos y la solución lograda constituyen el cuerpo del informe del artículo 49, lo que excluye que en ocasiones no se haya podido desarrollar jurisprudencia en casos que la temática que involucra requería tal desarrollo por constituir temas no abordados por los órganos del sistema en otras oportunidades, tales como: esterilización forzada²⁹, ataques contra la integridad sexual y derecho al aborto³⁰, arbitrariedad del Estado con base en la orientación sexual de la víctima³¹, derechos a los beneficios de la seguridad social³², entre otros tópicos.

Como hemos señalado, la CIDH sólo ha hecho referencias sobre el contenido de los derechos a petición de parte. Entendemos que la misma podría incluir un breve análisis sobre la situación planteada en los considerandos sobre la compatibilidad del acuerdo puesto a su consideración, en atención a que a través de ese mecanismo se está poniendo fin al litigio, aunque sea de manera no contenciosa, siguiendo la práctica de la Corte IDH en tal sentido en los casos en los que recae alguna de las formas de culminación anormal del proceso.

3.4 Consecuencias del fracaso del proceso del ASA

El reglamento de la CIDH establece en el inciso 6° del artículo 40 que, en caso de no arribarse a un ASA, deberá proseguirse con la tramitación de la petición o del caso, es decir, avanza el proceso en el estado en el que se encuentre con miras a obtener un informe de admisibilidad o un informe de fondo, según corresponda.

Además, el artículo 23.2 del Estatuto de la CIDH señala que: “De

29 CIDH, Perú/ *Informe N° 71/03, Petición 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez* (10/10/03).

30 CIDH, México/ *Informe N° 21/07, Petición 161-02, Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto* (09/03/07).

31 CIDH, Chile/ *Informe No. 81/09, Petición 490-03, “X”* (06/08/09).

32 CIDH, Venezuela/Informe No. 63/13, Caso 12.473, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros* (16/07/13).

no llegarse a la solución amistosa referida en los artículos 44 al 51 de la Convención, la Comisión redactará dentro del plazo de 180 días el informe requerido por el artículo 50 de la Convención”. Los plazos contenidos en esta regla de procedimiento tienen poca aplicación en la práctica de la CIDH³³.

En conclusión: el fracaso del acuerdo tiene como principal consecuencia la prosecución del caso en el estado en que se encuentre, pero sin que la CIDH se apegue estrictamente al plazo de 180 días previsto en el artículo 23 de su Estatuto para emitir el informe de fondo.

3.5 Obligatoriedad del informe de la CIDH

No existe disposición normativa alguna que autorice a pensar que el informe sobre ASA tenga un alcance diferente del informe del artículo art. 51 de la CADH. Coincidimos por tanto con Faúndez Ledesma respecto a que, una vez que las partes han llegado a un compromiso libremente consentido, aceptado y aprobado por la Comisión, el ASA tiene efecto vinculante y su cumplimiento resulta obligatorio (Faúndez Ledesma, 2004, 460). Si bien se podría haber evitado esta duplicidad normativa, en orden a sortear posibles interpretaciones que resten efectos a las mismas, lo cierto es que ello obedece a que estamos frente a una forma distinta de poner fin al litigio, por conciliación o avenimiento, para cuya regulación se siguió el modelo que preveía el sistema europeo.

Por ello, le caben a los informes emitidos a tenor de lo dispuesto por el artículo 49 de la CADH la postura según la cual, por aplicación del artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado Internacional, especialmente los referidos a derechos humanos, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la CIDH que es, además, uno de los órganos principales de la OEA, ya que aquella tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos

33 Véase a modo de ejemplo: CIDH, Brasil/ *Informe N° 18/98, Casos 11.285 Edson Damião Calixto y 11.290 Roselândio Borges Serrano* (21/02/98); CIDH, Colombia/ *Informe N° 35/00, Caso 11.020, Masacre “Los Uvos”*, (13/04/00) y CIDH, Colombia/ *Informe N° 36/00, Caso 11.101, Masacre “Caloto”* (13/04/00).

humanos” en el hemisferio, tal como reza los artículos 52 y 111 de la Carta de la OEA³⁴. Asimismo, en el desarrollo actual del sistema interamericano existe consenso respecto a que los Estados deben cumplir de buena fe las recomendaciones de la CIDH³⁵ zanjando cualquier discusión al respecto.

4. Discusiones relevantes en el marco de un ASA ante la CIDH

Se han seleccionado tres temas que suelen generar álgidas discusiones cuando se analizan procesos conciliatorios en materia de derechos humanos. Ellos son a) la procedencia de la vía conciliatoria en casos de violaciones a los derechos humanos; b) la necesidad de que el Estado reconozca su responsabilidad internacional como elemento esencial de este tipo de acuerdos y; c) las pautas que tiene en cuenta el órgano de supervisión internacional para aprobar el acuerdo alcanzado.

4.1 La improcedencia del acuerdo conciliatorio por la naturaleza de la violación a los derechos humanos: supuestos

La Corte IDH ha sostenido que: “la Comisión posee facultades discretionales, pero de ninguna manera arbitrarias, para decidir, en cada caso, si resulta conveniente o adecuado el procedimiento de solución amistosa para resolver el asunto en beneficio del respeto a los derechos humanos”³⁶.

34 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 80.

35 Dos ejemplos recientes del desarrollo de esta *opinio juris*: En la discusión del proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano, ningún Estado objetó la obligación de cumplir con los informes de la Comisión Interamericana, a la par de que algunos Estados como Argentina le reconocen en su jurisprudencia interna obligatoriedad a los mismos.

36 Véase: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 45; Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 2, párr. 50 y Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 3, párr. 48.

Estas consideraciones deben evaluarse a la luz del ya citado inciso 4° del artículo 40 que fija los supuestos que pueden conducir a que la CIDH, o bien decida no ponerse a disposición de las partes, o pueda dar por concluida su intervención y proseguir con las etapas procedimentales que correspondan. Ello puede sintetizarse de la siguiente manera: o la vía es improcedente frente al caso concreto o es imposible avanzar en tal sentido por la actitud reticente de las partes.

Los autores han enfocado su atención en el primer supuesto, es decir, si la CIDH advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía.

Al explayarse sobre una serie de reformas que debieran efectuarse sobre la normativa reglamentaria de la Comisión, Sepúlveda expresa al respecto que “El método de solución amistosa sólo es procedente para determinados tipos de violaciones de los derechos humanos”, agregando que quedarían excluidos los casos de: arresto injustificado, detenciones prolongadas sin sujeción a proceso legal, torturas, ejecuciones ilegales o desapariciones forzadas (Sepúlveda, 1984, 247). Otros autores adscriben parcialmente a esta teoría, por ejemplo, Kastilla entiende que las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas deben excluirse de este tipo de acuerdos, más aún cuando el Estado ha negado los hechos (Kastilla, 2007, 143). Para Faúndez Ledesma, en el caso de una persona privada de libertad, trasladada a un centro clandestino de detención, torturada y posteriormente desaparecida, el acuerdo de solución amistosa se reduce a un eufemismo toda vez que “la única transacción razonable incluye la aparición (preferiblemente con vida) de la persona desaparecida” (Faúndez Ledesma, 2004, 434). Por su parte Tinoco entiende que hechos especialmente graves por su naturaleza, como los delitos de lesa humanidad, no pueden resolverse por una ASA (Carmona Tinoco, 2005, 111). Otros autores consideran que no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del hecho, sino fundamentalmente la actitud del Estado para determinar la procedencia, o no, del acuerdo (De Piérola y Loayza, 1995, 183).

Cuando los autores citados señalan que ciertas violaciones a los derechos humanos tornan improcedente el acuerdo, toman como referente la práctica de la CIDH en los primeros años de la década del 90, ya que

en varios de los informes publicados por la misma, tanto en materia de admisibilidad como de fondo, en ocasiones se ha dejado constancia que “por su propia naturaleza, los hechos denunciados no son, a juicio de la Comisión, susceptibles de ser resueltos mediante el procedimiento de solución amistosa”³⁷.

Pero en los casos en los que se planteó esta posibilidad, la misma fue improcedente principalmente por la actitud de las partes, ya sea que estas no lo solicitaron o no aceptaron el acercamiento promovido por la CIDH en tal sentido. En otras palabras, la inviabilidad de un acuerdo obedeció más a la actitud de los Estados durante estos años (donde en general se negaban a aportar información³⁸ o a reconocer los hechos³⁹ o simplemente no respondían los requerimientos de la Comisión), lo que mantuvo firme la postura de los representantes de las víctimas de no aceptar esta vía⁴⁰.

A la par de estas circunstancias, la CIDH comenzó a publicar sus primeros informes sobre solución amistosa, los que giraron sobre violaciones menos graves que las que se han planteado aquí; en concreto la falta de acceso a la justicia de una serie de víctimas de la última dictadura militar Argentina que pretendían demandar al Estado por los daños y perjuicios sufridos durante la misma⁴¹, o la incompatibilidad de la ley de desacato con las obligaciones internacionales sumidas por el Estado Argentino al ratificar la CADH⁴².

En los informes sobre casos publicados en los años 1994, 1995 y 1996, la CIDH, frente a una tendencia de las partes al acercamiento amistoso,

37 A tales efectos se han compulsado los casos publicados por la CIDH en el capítulo III de su informe anual entre los años 1991 a 1997.

38 Por ejemplo: CIDH, Haití/ *Informe N° 9/94, Casos 11.105, 11.107, 11.110, 11.111, 11.112, 11.113, 11.114, 11.118, 11.120, 11.122 y 11.102* (01/02/94).

39 Puede citarse como ejemplo: CIDH, Perú / *Informe N° 37/93, Caso 10.563* (07/10/93).

40 A modo de ejemplo: CIDH, Uruguay/ *Informe N° 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375* (02/10/92).

41 CIDH, Argentina/ *Informe N° 1/93. Informe sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771* (03/03/93).

42 CIDH, Argentina/ *Informe N° 22/94, Caso 11.012, Horacio Verbitsky* (20/09/94).

eliminó la consideración de la imposibilidad de acudir al avenimiento con base en la naturaleza de los hechos, aun cuando en la mayoría de los casos el intento haya sido infructuoso.

Siguiendo esa tendencia aperturista en el año 1997, la CIDH emitió un importante informe de solución amistosa logrado en el caso Guardati, luego de ponerse a disposición de las partes en una audiencia celebrada el 07 de septiembre de 1995 en el marco del 90° período de sesiones. Lo relevante del caso es que se trataba de la desaparición forzada de Paulo Christian Guardati, perpetrada durante 1992 en la provincia de Mendoza, República Argentina⁴³

Este caso nos conduce a sostener que la práctica de la CIDH en materia de solución amistosa se veía vedada más por la actitud de las partes que por la naturaleza de los hechos, no sólo porque una vez que las partes manifestaron su voluntad de acudir a este procedimiento la CIDH tomó una actitud más flexible que la mantenida al inicio de los años 90, sino que a partir de este informe la misma ha homologado ASA por graves violaciones a los derechos humanos, como ser desaparición forzada de personas⁴⁴, ejecuciones extrajudiciales⁴⁵, imposición de torturas⁴⁶, esterilización forzada⁴⁷, ataques sexuales⁴⁸, expulsión de miembros

43 CIDH, Argentina/ *Informe N° 31/97*, del 14/10/97. *Caso 11.217, Paulo Christian Guardati*.

44 CIDH, Guatemala/ *Informe 19/00, Caso 11.435, José Sucunú Panjoj*, (24/02/00), Guatemala/ *Informe N° 29/04, Petición 9168, Jorge Alberto Rosal Paz* (11/03/04); Colombia/ *Informe No. 83/08, Petición 401-05, Jorge Antonio Barbosa Tarazona y otros* (30/10/08).

45 CIDH, Colombia/ *Informe N° 45/99, Caso 11.525, Roison Mora Rubiano* (09/03/99); CIDH, México/ *Informe N° 107/00, Caso 11.808, Valentín Carrillo Saldaña* (04/12/00); Argentina/ *Informe No. 79/09, Caso 12.159, Gabriel Egisto Santillán* (30/10/08).

46 CIDH, Ecuador/ *Informe N° 94/00, Caso 11.439, Byron Roberto Cañaverál* (05/10/00).

47 CIDH, Perú/ *Informe N° 71/03, Petición 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez*, (10/10/03).

48 CIDH, Colombia/ *Informe No. 82/08, Petición 477-05, X y Familiares* (30/10/08).

de comunidades indígenas de sus territorios ancestrales⁴⁹, entre otras.

Cabría preguntarse si existirían diferencias entre las medidas de reparación que pueden consensuarse mediante un ASA y las que impondría mediante una sentencia de la Corte IDH, en orden a extraer argumentos sobre la improcedencia de acuerdos conciliatorios en casos de violaciones a los derechos humanos.

Para ello utilizaremos como supuesto de base la desaparición forzada de personas, comparando dos casos resueltos en el año 2012⁵⁰: uno de ellos finalizó con sentencia de la Corte IDH⁵¹y, el otro, con un informe de solución amistosa⁵² ante la CIDH.

El cuadro que sigue revela que, tanto en el marco de un procedimiento contencioso como en un procedimiento conciliatorio, los efectos en materia de reparaciones son similares, por lo que no parece ser éste un obstáculo para adoptar un ASA en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Entendemos que la procedencia del acuerdo de solución amistosa debe tener como único límite el respecto a los derechos humanos, donde cobrará especial relevancia la actitud de las partes, tanto de la víctima aceptando este tipo de procedimientos como del Estado quien deberá mostrar un verdadero compromiso con la vía que se intenta; solo en estas condiciones se puede lograr un acuerdo que tienda a cumplir con tal exigencia.

49 CIDH, Guatemala/ *Informe N° 68/03, Caso N° 197, Comunidad San Vicente De Los Cimientos* (10/10/03).

50 Ello porque en ese año se emitió el más reciente informe de solución amistosa sobre la materia.

51 Corte IDH, *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258.

52 CIDH, México/ *Informe No. 68/12, Petición 318-05, Gerónimo Gómez López* (17/07/12).

REPARACIONES	CASO GERÓNIMO GÓMEZ LÓPEZ (ASA ante la CIDH)	CASO GARCÍA Y FAMILIARES (Sentencia de la Corte IDH)
Restitución	Imposible por la violación alegada	Imposible por la violación alegada
Indemnización Pecuniaria	Indemnización por daño material e inmaterial	Indemnización por daño material, inmaterial y atención médica y psicológica
Costas y Gastos	No	Si
Investigación y sanción de los responsables. Determinación del paradero de la víctima.	Investigación y sanción de los responsables	Investigación y sanción de los responsables
Rehabilitación	Si	Contemplado en los montos indemnizatorios
Medidas de satisfacción	1.– Publicación del Informe 2.– Acto Público de reconocimiento de responsabilidad 3.– Becas de estudios	1.– Publicación de la sentencia 2.– Acto Público de reconocimiento de responsabilidad 3.– Becas de estudios 4.– Medida de conmemoración y homenaje a la víctima
Garantías de no repetición	Sanción de la una ley para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas	Creación de una comisión nacional de búsqueda de personas desaparecidas.

4.2. La determinación de responsabilidad como condición de validez del ASA

En principio no es un requisito de procedencia la declaración de responsabilidad del Estado, aunque cabe preguntarse: ¿cuál sería la fuente del deber de reparar en cabeza del Estado? o ¿estamos frente a un caso de obligación natural en el sistema interamericano?

Lo cierto es que parecería un inexplicable contradictorio que el Estado deba pagar una indemnización pecuniaria o cumplir con otra medida de reparación sin hacerse cargo de la violación a los derechos humanos cometida en contra de personas sometidas a su jurisdicción, aunque ello se explica por el mayor margen de negociación que se da en el ámbito de la CIDH como órgano no contencioso.

De los informes de la Comisión se pueden inferir cuatro alternativas al respecto: a) falta de referencia en relación a la responsabilidad internacional⁵³; b) reconocimiento de responsabilidad internacional como medida de reparación⁵⁴; c) reconocimiento de responsabilidad parcial⁵⁵ y; d) reconocimiento total y explícito de la responsabilidad internacional⁵⁶.

Aun cuando se esté en un ámbito de mayor flexibilidad como puede

53 Véase a modo de ejemplo: CIDH, Honduras/ *Informe N° 124/12, caso 11.805, Carlos Enrique Jaco* (13/11/12); CIDH, Argentina/ *Informe N° 21/11, caso 11.833, Ricardo Domingo Monterisi* (23/03/11) y CIDH, Bolivia/ *Informe N° 82/07, petición 269-05, Miguel Ángel Moncada Osorio y James David Rocha Terraza*, (15/10/07).

54 Compúlese entre otros: CIDH, México/ *Informe N° 90/10, caso 12.642, José Iván Correa Arévalo* (15/07/10); CIDH, Bolivia/ *Informe N° 97/05, petición 14/04, Alfredo Díaz Bustos* (27/10/05) y CIDH, México/ *Informe N° 24/09, caso 11.822, Reyes Penagos Martínez y otros* (20/03/09).

55 CIDH, Ecuador/ *Informe N° 64/03, petición 12.188, Joffre José Valencia Mero y sus hijas Ivonne Rocío Valencia Sánchez, y Priscila Zobeida Valencia Sánchez* (10/10/03) (ver asterisco al pie del informe).

56 CIDH, Colombia/ *Informe N° 83/08, petición 401-05, Jorge Antonio Barbosa, Tarazona y otros*, (30/10/08); CIDH, Ecuador/ *Informe N° 63/03, petición 11.515, Bolívar Franco Camacho Arboleda* (10/10/03) y CIDH, Uruguay/ *Informe N° 18/10, petición 228-07, Carlos Dogliani* (16/03/10).

ser el de la CIDH, entendemos que los Estados deben reconocer su responsabilidad internacional al momento de acceder a un ASA, no solo como una reparación debida a las víctimas, sino también como una muestra de su buena fe frente a la vía optada, máxime cuando a través de ella puede eventualmente poner fin al proceso ante el sistema.

4.3. Pautas para la aprobación del ASA

En algunos casos la CIDH ha aprobado los términos del acuerdo sin que se verifiquen en la especie el cumplimiento de medida de reparación alguna⁵⁷. En otras ocasiones se constató el sólo pago de las sumas ordenadas en concepto de indemnización, sin cumplimiento del resto de las medidas de reparación no pecuniarias⁵⁸, poniendo fin al caso y dando lugar a la supervisión del cumplimiento del resto de las medidas. En este punto cabe destacar que son muy pocos los casos en los que el informe del artículo 49 convencional homologa un acuerdo cumplido en su totalidad⁵⁹, ello trae aparejado que el resto de las medidas reparatorias sean

57 CIDH, Argentina/ *Informe No. 79/09, Caso 12.159, Gabriel Egisto Santillán* (06/08/09); CIDH, Argentina/ *Informe N° 102/05, Caso 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack De Schiavini* (27/10/05); CIDH, Guatemala/ *Informe N° 29/04, Petición 9168, Jorge Alberto Rosal Paz* (11/03/04); CIDH, Perú/ *Informe N° 31/04, Petición 12.078, Ricardo Manuel Semoza Di Carlo* (11/03/04).

58 CIDH, Colombia/ *Informe No. 82/08, Petición 477-05, X y Familiares* (30/10/08); CIDH, Bolivia/ *Informe N° 97/05, Petición 14/04, Alfredo Díaz Bustos* (27/10/05); CIDH, México/ *Informe N° 101/05, Petición 388/01, Alejandro Ortiz Ramírez* (27/10/05); CIDH, Ecuador/ *Informe N° 93/00, Caso 11.421 Edison Patricio Quishpe Alcívar* (05/10/00)..

59 Entre algunos ejemplos podemos mencionar: CIDH, Argentina/ *Informe N° 22/94, Caso 11.012* (20/09/94); CIDH, Paraguay/ *Informe No 90/99, Caso 11.713, Comunidades Indígenas Enxet-Lamenkay y Kayleyphapopyet -Riachito- Paraguay* (29/09/99); CIDH, Argentina/ *Informe No 103/01, Caso 11.307, María Merciadri de Morini* (11/10/01); CIDH, Bolivia/ *Informe N° 98/05, Petición 241/04, Raúl Zavala Málaga y Jorge Pacheco Rondón* (27/10/05); CIDH, Bolivia/ *Informe N° 82/07, Petición 269-05, Miguel A. Moncada Osorio y James David Rocha* (15/10/07); CIDH, Chile/ *Informe*

generalmente incumplidas con posterioridad al cierre del caso.

El respeto por los derechos humanos que exige la aprobación del acuerdo debería comprender como mínimo que se acredite el pago de las indemnizaciones debidas a las víctimas con inclusión de los intereses por mora si los hubiese. En un extremo más complejo, se debería requerir al Estado que presente notables avances en las medidas de reparación integral dispuestas (especialmente las medidas de investigación y sanción de los responsables) para que la CIDH emita el informe conclusivo de instancia del artículo 49.

Lo que no debería permitir la CIDH es la emisión del informe en los casos que no se ha cumplido medida alguna, aun cuando las mismas estén en avanzado estado de trámite.

No desconocemos que en este supuesto, los representantes de las víctimas no se han opuesto a tal dictamen; no obstante la CIDH actúa como garante de la parte débil frente a acuerdos que puedan implicar beneficios al Estado (conclusión del caso).

5. Conclusión

Coincidimos plenamente con la CIDH en cuanto entiende que el procedimiento de solución amistosa contemplado en la CADH permite la culminación de los casos individuales en forma no contenciosa y ha demostrado, en casos relativos a diversos Estados, ofrecer un vehículo importante de solución que puede ser utilizado por ambas partes⁶⁰. La práctica desplegada por este organismo internacional desde los años 80 y documentada en más de un centenar de informes, dan cuenta de la utilidad de esta herramienta para poner fin al pleito y procurar la reparación de las víctimas.

No obstante, se debe enfatizar en dos aspectos que consideramos centrales vinculados con la eficacia del mismo. El primero de ellos se

No. 80/09, Caso 12.337, Marcela Andrea Valdés Díaz (06/08/09).

60 CIDH, Paraguay/ *Informe No 90/99, Caso 11.713, Comunidades Indígenas Enxet-La-menxay y Kayleyphapopyet -Riachito-* (29/09/99).

encuentra relacionado con la protección que se debe dispensar a las víctimas en este tipo de procedimiento, tanto por el Estado (como parte “fuerte” en el acuerdo) que debe adoptar todos los recaudos necesarios para un abordaje interdisciplinario de las mismas en el marco de las actuaciones que se lleven en el ámbito interno, como así también por la CIDH, que debe verificar el respecto por los derechos humanos y exigir el cumplimiento de las medidas acordadas previo a cerrar la instancia para evitar el abandono posterior del acuerdo por parte del Estado.

En íntima relación con lo anterior, cabe asumir que los acuerdos homologados presentan índices serios de incumplimiento que afectan no sólo a la efectividad del sistema sino, principalmente, a la víctima que ve frustrada nuevamente sus expectativas reduciendo sus opciones a plantear una nueva petición ante el sistema, con los problemas que ello entraña en cuanto al agotamiento de los recursos internos, gastos, tiempo prolongado, etc. Por ello, se deben perfeccionar las prácticas en orden a plasmar reglas procesales precisas que regulen el nivel de cumplimiento del acuerdo antes de proceder a su homologación.

6. Bibliografía

- Ayala Corao, Carlos Manuel. 2000. Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH* (San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos) 30/31.
- Beristaín, Carlos. 2008. *Diálogo sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Tomo 1. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cardozo, Jorge. 1998. La solución amistosa ante la Corte. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: J. Méndez & F. Cox.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises. 2005. La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional con especial referencia al sistema interamericano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (México) V(2005).
- De Piérola, Nicolás y Loayza, Carolina. 1995. La solución amistosa de re-

- clamaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH* (San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos) 22.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2004. *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica.
- González Morales, Felipe. 2009. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. *Anuario de Derechos Humanos* (2009). Santiago de Chile.
- Jiménez Piernas, Carlos. 2011. *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión europea*. Madrid: Ingram International.
- Kastilla, Carlos. 2007. Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista CEJIL* 3 (Año II).
- Salgado Pesantes, Hernán. 1999. La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Sistema Interamericana de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- Sepúlveda, Cesar. 1984. El Procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En *Derechos Humanos en las Américas*. Washington DC.

6.1 Jurisprudencia

6.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

- Caso *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A No. 101, párr. 22.
- Caso *Bulacio vs. Argentina, Pacheco Teruel vs. Honduras* (datos).
- Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (datos).
- Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 2, párr. 50.
- Caso *García y Familiares vs. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258.
- Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Fondo, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Serie C No. 26, párr. 28.
- Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 3, párr. 48.

Caso *J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 303.

Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 80.

Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 47.

Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 45.

6.1.2 Corte Internacional de Justicia (CIJ)

Caso *Liechtenstein vs. Alemania*, Ciertos bienes, Sentencia de 10 de febrero de 2005, excepciones preliminares, párr. 25.

Caso *Nicaragua vs. Estados Unidos*, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, párr. 190.

Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias

Ivania Esperanza Galeano Barralaga

Asesora Jurídica de la Comisión Internacional de Juristas en Honduras.

Candidata a Máster en Derechos Humanos,

Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

Resumen: Las garantías procesales constituyen el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En la situación particular de los niños y niñas migrantes no acompañadas dichas garantías adquieren mayor relevancia para el respeto y garantía de sus derechos, por la vulnerabilidad agravada en que se encuentran. Al respecto, este artículo busca recoger y presentar ese conjunto de garantías que han desarrollado en conjunto el sistema universal y el sistema interamericano de protección de derechos humanos analizadas a la luz del *principio del interés superior del niño*, y señalar cómo las mismas constituyen el piso mínimo de protección que deben gozar los niños y niñas migrantes no acompañados que se ven sometidos a cualquier tipo de procedimiento que puede generar afectaciones en el goce de sus derechos humanos.

Palabras clave: niñez migrante no acompañada; garantías procesales; detenciones migratorias; principio de interés superior del niño o niña.

Abstract: The guarantees of due process constitute the set of requirements that should be respected in all proceedings in order to ensure that every person is in the conditions to defend his or her rights before any State act that can affect them. In the particular situation of unaccompanied migrant children, these guarantees of due process acquire a greater relevance to ensure the respect and guarantee of their rights, due to the aggravated vulnerability in which they are situated. In that sense, this article seeks to gather and present this set of guarantees that have been

developed, together, by the universal and inter-american human rights systems, analyzed under the best interest of the child's principle in order to state how these guarantees constitute the minimum floor of protection that unaccompanied migrant children should have in any procedure to which they are subjected.

Keywords: unaccompanied migrant children; guarantees of due process; migratory detentions; children rights.

Artículo recibido: 25/03/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. Obligaciones jurídicas de los Estados respecto a los niños y niñas migrantes no acompañados
3. El interés superior como el principio rector en los procesos de detención de niños y niñas migrantes no acompañados
4. El interés superior del niño y la prohibición de las detenciones colectivas
5. El deber de los Estados de brindar garantías del debido proceso en cualquier tipo de procedimientos migratorios
 - 5.1. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio
 - 5.2. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado
 - 5.3. El derecho a un tutor
 - 5.4. El derecho a expresarse y a ser oído.
 - 5.5. El derecho a la asistencia consular
 - 5.6. La asistencia jurídica gratuita
 - 5.7. El acceso a los procedimientos para obtener asilo
 - 5.8. El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos
 - 5.9. Plazo razonable de duración del proceso
6. Conclusiones
7. Bibliografía y Jurisprudencia

1. Introducción

Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se estima que existe un total de 190 millones de migrantes internacionales en todo el mundo, de los cuales aproximadamente 25 millones son latinoamericanos y caribeños. En su último informe la CEPAL publica que las personas de 15 a 24 años representan casi un cuarto del total de la población migrante (CEPAL, 2006). En América latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia Norte América y Europa, y seis millones han migrado a otros países de la región.

Dentro de estos flujos migratorios, la población que se encuentra en el mayor estado de vulnerabilidad es la niñez migrante sin estatus migratorio regular. Los niños y niñas en esta situación exigen una protección especial por parte del Estado, sobre todo cuando son niños y niñas migrantes no acompañados, ya que se encuentran desprovistos completamente del entorno familiar u otro entorno que provea algún tipo de cuidado y protección, además de hallarse expuestos a las más graves violaciones de derechos humanos como son la explotación sexual y comercial, la trata, el trabajo infantil, entre otros.

La actualidad de la problemática planteada se evidencia en la crisis humanitaria que se vive en la zona de la frontera sur de los Estados Unidos con México, epicentro de un creciente flujo de personas indocumentadas, entre las cuales se encuentran miles de niños y niñas no acompañados procedentes de países de Centroamérica.

En los últimos años, el flujo de niños y niñas migrantes no acompañados provenientes de esta región y que se dirigen hacia México y Estados Unidos, ha visto un aumento significativo. Así, entre los años 2008 y 2013, las autoridades mexicanas han registrado casi 22.000 retornos asistidos de niños y niñas migrantes no acompañados a estos dos países. Entre octubre de 2013 y julio de 2014, fueron detectados cerca de 48.000 niños y niñas migrantes no acompañados provenientes de países del triángulo norte (ACNUR, 2014).

Esta situación ha sido relevada por diferentes organismos internacionales y del sistema interamericano de derechos humanos, como la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de la visita realizada a la frontera sur de Estados Unidos en el mes de octubre de 2014. La CIDH realizó esta visita para “monitorear la situación de los derechos humanos de los niños y niñas no acompañados y familias que han cruzado la frontera sur de los Estados Unidos, con relación a su aprehensión, detención migratoria durante largos períodos y procedimientos migratorios, así como deportaciones y remociones” (CIDH, 2014).

Al respecto, se ha desarrollado un amplio espectro de estándares de protección por parte del sistema universal de derechos humanos en conjunto con el sistema interamericano de derechos humanos en lo que corresponde a los niños y niñas migrantes no acompañados, particularmente han contribuido a este desarrollo jurisprudencial el Comité de los Derechos del Niño (CoDN), principalmente a través de sus Observaciones Generales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de sus opiniones consultivas y casos contenciosos.

El CoDN, mediante la Observación General Número seis (6) del 2005, ya apunta algunas medidas de protección para los menores no acompañados, entre las cuales se recogía el principio de interés superior. Sin embargo el desarrollo de dicha observación no profundizaba en las garantías judiciales que se deben aplicar a los niños y niñas sujetos a cualquier tipo de procedimiento migratorio. En relación al interés superior del niño, la Observación General número catorce (14) del 2013 del CoDN, realiza un notable desarrollo de su contenido y lo establece no sólo como un principio, si no como un derecho y una norma de procedimiento.

Por su parte, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva número veintiuno (21) sobre los Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, apoyándose en el desarrollo ya hecho en el sistema universal pero profundizándolo y de acuerdo a su jurisprudencia concordante, establece toda una serie de principios, garantías, derechos y medidas de protección que establecen un amplio marco de protección para los niños y niñas migrantes a la luz de su interés superior.

El presente trabajo, pretende recoger esas garantías judiciales que deben ser respetadas en todo proceso relativo a cualquier tipo de detención

que sea sometido cualquier niño y niña migrante no acompañado, en aras de hacer efectivo el sistema de protección integral, que los Estados deben garantizar a todo niño o niña independientemente de su condición migratoria.

2. Obligaciones jurídicas de los Estados respecto a los niños y niñas migrantes no acompañados

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos reconocen la obligación que tienen los Estados de otorgar una protección especial a los niños y niñas. Esta protección tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos (Corte IDH, 2002, párr. 53).

En tal sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), recoge el reconocimiento expreso que han hecho diversos instrumentos del sistema universal de protección de derechos humanos relativo a la protección especial que corresponde a los niños y niñas¹. Mismo reconocimiento ha realizado el sistema interamericano de protección de derechos humanos, al establecer el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido en reiteradas ocasiones, a través de su jurisprudencia en lo que respecta a la norma consagrada en el artículo 1.1 de la CADH, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras del poder público para garantizar a las personas bajo su

1 La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10), los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño y la Declaración de los Derechos del Niño.

jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos².

Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la CADH³.

Como señala la Corte IDH (Corte IDH, 2002, párr. 87), dicha obligación general impone a los Estados parte el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, los Estados parte en la CADH tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

El Comité de Derechos Humanos (CDH, 1989, párr. 1 y 2) señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto.

2 Ver sentencias: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 175.

3 Ver las sentencias: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 134; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 168; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109 y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 125

En lo que concierne a niños y niñas migrantes no acompañados, esta protección especial debe ser reforzada por parte de los Estados parte, considerando que los mismos se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, en virtud de estar desprovistos de su entorno familiar, que constituye el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, como señala la CDN en su Preámbulo. Al respecto, la CDN en su artículo 20.1 señala “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Las obligaciones del Estado en virtud de la CDN se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). El Comité de los Derechos del Niño (CoDN, 2006, párr. 12) ha señalado que estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la CDN, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.

Las obligaciones resultantes de la CDN en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas

responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados tendrán que adoptar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir cuanto antes posible a éste con su familia (CoDN, 2006, párr. 13).

Según lo recomienda el CoDN (CoDN, 2006, párr. 16) conviene que los Estados acepten y faciliten la asistencia que, en el marco de sus mandatos respectivos, ofrecen el UNICEF, el ACNUR y otros organismos (párrafo 2 del artículo 22 de la CDN) con objeto de atender las necesidades de los niños no acompañados y separados de su familia.

3. El interés superior del niño y la prohibición de las detenciones colectivas

En consideración a las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte IDH ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus. (Corte IDH, 2014B, párr. 356).

La Corte IDH (Corte IDH, 2014B, párr. 275) ha manifestado que en los procesos de expulsión en donde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible.

En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual.

4. El interés superior como el principio rector en los procesos de detención de niños y niñas migrantes no acompañados

El interés superior del niño constituye el principio primordial al cual se atenderá en todas las decisiones de cualquier índole que puedan afectar a un niño o niña.

El artículo 3 de la CDN establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En dicha observación (2013), el CoDN realiza un análisis jurídico de los elementos del artículo 3.1. de la CDN. Define el interés superior como un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Es sumamente trascendental la apreciación que hace el CoDN de la complejidad de la determinación del interés superior y de las consecuencias de tal situación. En base a esa complejidad señala que el contenido debe “determinarse caso por caso” y que “el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención”.

El concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En

cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos (CoDN, 2013, párr. 32).

En tal sentido resulta fundamental la incorporación directa de las directrices para la determinación del interés superior en todos los procedimientos, reglamentos, leyes, directrices y/o decisiones en general que los Estados adopten en relación a niños y niñas migrantes. Se debe resaltar en los mismos la importancia de que la circunstancia particular de cada niño y niña sea evaluada a la luz de sus propias condiciones y características de vida. En relación a la determinación del interés superior del niño, el CoDN (CoDN, 2006) establece que la misma exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.

5. El deber de los Estados de brindar garantías del debido proceso en cualquier tipo de procedimientos migratorios

La Corte IDH (Corte IDH, 2003, párr. 124-127) ha definido el debido proceso legal como el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 109) también ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.

A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda a la determinación de derechos y

obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH (Corte IDH, 2014A, párr. 112). De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la CADH y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos (Corte IDH, 2014A, párr. 114).

La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado que en todo procedimiento de carácter no penal al que pueda verse sometido un trabajador migrante, debe regir un cierto quantum de debido proceso, y destacó que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Finalmente, indicó que el principio del debido proceso es aplicable no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan autoridades administrativas (CIDH, 2001, párr. 95).

Como un principio rector que debe regir en todo proceso migratorio, se encuentra el deber del estado de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona. Esto supone la obligación de los Estados de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (Corte IDH, 2005, párr. 155).

5.1. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio

El derecho a la notificación de la existencia de un proceso en su contra se convierte en una garantía esencial para el ejercicio del derecho a defensa. Al respecto la Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 117) ha señalado que en el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre y requiere la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.

Por consiguiente, según lo expuesto por la Corte IDH, la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la CADH, pues coloca al extranjero en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio.

5.2. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas (Corte IDH, 2014A, 120).

Al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior (Corte IDH, 2014A, 121).

5.3. El derecho a un tutor

El CoDN (CoDN, 2006) ha establecido que los Estados deben crear un marco jurídico base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del niño y niña no acompañadas este debidamente representando. Por lo tanto, tan pronto se determine la condición del menor no acompañado, se nombrará un tutor o asesor que desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la CDN y otras obligaciones internacionales.

Según, el CoDN (CoDN, 2006) es preciso que el tutor cuente con conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc. estén debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor. Su deber es garantizar, a través de su labor, el respeto y ejercicio efectivo de los derechos del niño o niña que representa, lo cual no excluye la participación directa de los niños y niñas no acompañados en los procedimientos.

El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y la situación de la niña o niño, y estar autorizado para asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera (Corte IDH, 2014A, párr. 133).

En el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo. Si el tutor puede atender al menor cotidianamente y está dispuesto a hacerlo, pero no puede representar debidamente el superior interés del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un asesor o representante legal) (CoDN, 2006, párr. 34).

Es importante aclarar en tal sentido que la labor del tutor en ningún momento podrá interpretarse como una negación al derecho del niño a ser oído y a ser tomada en consideración su opinión. En tal sentido, los niños y niñas migrantes no acompañados tienen el derecho a ser informados del nombramiento del tutor, y en base a sus capacidades y madurez, ser consultados según lo que corresponda en cada caso particular.

Además, en aras del interés superior del niño, deberán establecerse y aplicarse mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría y, en particular, se prevengan los malos tratos.

5.4. El derecho a expresarse y a ser oído.

El artículo 12 de la CDN establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

La Corte IDH recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

En este sentido, resulta necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

La CDN establece la obligación de los Estados parte de garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. En este sentido, el CoDN (CoDN, 2009) muy acertadamente especifica que estos términos no deben tenerse como una limitación, sino como una obligación para los Estados parte de evaluar

la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible.

En relación a que el niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. El CoDN (CoDN, 2009, párr. 22) ha señalado que “libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Los Estados parte deben garantizar condiciones para expresar opiniones en las que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones. En este sentido, es sumamente importante que al momento de encontrarse los niños y niñas migrantes no acompañados bajo la responsabilidad de las autoridades migratorias, se le propicie un ambiente adecuado para la comodidad del niño o niña que genere que este pueda expresar su opinión en las condiciones de mayor libertad posible. Es así que no se podría escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Es decir, en el caso particular de los niños y niñas migrantes sería completamente contradictorio y violatorio de este principio que la persona que entreviste al niño, sea la misma autoridad de migración o funcionario que lo detuvo.

Además, al ser escuchadas las opiniones del niño o niña, la CDN exige que se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. En este sentido, será importante evaluar las condiciones particulares de cada niño y niña migrante, como ser el país desde dónde han migrado, el viaje o recorrido que han hecho, las condiciones del mismo, entre otros elementos que generarán claros indicios de su nivel de madurez.

Esto implica, además, que el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en

consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio CoDN (CoDN. 2009, párr. 45).

En el marco de procedimientos migratorios, y concretamente de medidas de detención y repatriación, el derecho a ser oído podría ser clave, entre otras cuestiones, para prevenir la violación del principio de no devolución, y por ende del derecho a la vida o la integridad física que pudieran vulnerarse con la repatriación; garantizar la reunificación familiar bajo la modalidad de tiempo y lugar más cercana al interés superior; considerar la adopción de medidas alternativas a la repatriación, como la residencia, identificar medidas de protección inmediata para víctimas de delitos, o niños y niñas con problemas de salud física y psíquica; asegurar el alojamiento no privativo de la libertad acorde con las circunstancias particulares.

Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria (Corte IDH, 2014A, párr. 124).

5.5. El derecho a la asistencia consular

La Corte IDH (1999), en la Opinión Consultiva número 16 y en el Caso Contencioso Vélez Lóor vs. Panamá (Corte IDH, 2010), ha señalado que el derecho a la asistencia consular debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas a fin de brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

En este sentido, es importante que por la condición particular de los niños y niñas migrantes no acompañados, este derecho debe ser informado a las niñas y niños a través de las personas con la formación adecuada para transmitirles dicha información. Además se le deberán de proporcionar las condiciones adecuadas y los medios para que pueda recibir, de

la manera que resulte más comprensiva y clara para el niño, la referida asistencia consular.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece el derecho a la asistencia consular a toda persona extranjera en prisión fuera de su país de origen y, por consiguiente, dada las condiciones en que se encuentran detenidos los niños y niñas migrantes no acompañados, sería completamente aplicable a éstos casos.

Este derecho conlleva el derecho que tiene toda persona detenida de comunicarse con un funcionario de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre este derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva.

La CDN establece, específicamente en su artículo 5.h como una de las funciones consulares, la de velar por los intereses de los niños y niñas.

La comunicación consular según lo señalado por la Corte IDH (Corte IDH, 1999: párr. 80) tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, paralelamente, reconocer el derecho correlativo del que goza el nacional de ese Estado para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia.

En la particularidad que requiere los sujetos de protección (niños y niñas migrantes no acompañados), todas las disposiciones relativas a asistencia consular tanto las contenidas en la Convención de Viena como en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, deberán ser analizados bajo las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las interpretaciones que en las materias correspondientes ha realizado el Comité de los Derechos del Niño. En tal sentido, la Corte IDH ha precisado que la CADH y otros instrumentos regionales, al aplicarse e interpretarse en lo referido a los derechos de la niñez, deben recurrir a los derechos y principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (Corte IDH, 2002).

Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular

se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso (Corte IDH, 2014A: párr. 128).

5.6. La asistencia jurídica gratuita

La Corte IDH (Corte IDH, 2010, párr 132) ha destacado la relevancia de este derecho en los procesos “en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”.

En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso (Corte IDH, 2010: párr. 146).

Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en la atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte (Corte IDH, 2014A, párr. 131).

5.7 Acceso a los Procedimientos para Obtener Asilo

El CoDN (CoDN, 2006, párr. 66) reconoce el derecho a solicitar asilo a los niños y niñas migrantes no acompañados. Establece que

podrán entablar, con independencia de la edad, los procedimientos correspondientes y recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección internacional. Si en el curso del proceso de identificación e inscripción, viniera a saberse que el menor puede tener un temor fundado o, incluso en el caso de que éste no pudiera articular expresamente un temor concreto. Se debe entablar en favor del menor el procedimiento para la obtención del asilo y, en su caso, aplicar mecanismos de protección complementaria al amparo del derecho internacional y del derecho interno.

El menor que solicite el asilo debe estar representado por un adulto que esté al corriente de los antecedentes del menor y que sea competente y capaz para representar a éste o a sus intereses.

Las solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados o separados de su familia gozarán de prioridad y se procurará por todos los medios que recaiga sobre la misma una decisión justa y sin dilación.

El CoDN menciona, además que entre las garantías procesales mínimas debe figurar que la solicitud sea resuelta por una autoridad competente en asuntos de asilo y en la situación de refugiado. Si lo permiten la edad y madurez del menor, antes de que se adopte una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente. Si el menor no pudiera comunicar directamente con aquél en un idioma común, se solicitará la intervención de un intérprete.

Los Estados se abstendrán de hacer seguir a los menores no acompañados y separados de su familia los procedimientos de solicitud de asilo si su presencia en el territorio no plantea problemas de protección internacional de los refugiados, sin perjuicio de la obligación de los Estados de invitar a los menores no acompañados o separados de su familia a que se conformen a los procedimientos pertinentes de protección del menor, como los previstos en la legislación de protección de la infancia (CoDN, 2006, párr. 32).

5.8 El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 140) reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten

en el marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse ante ella para tal fin. En caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales.

Este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño consideran que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior.

En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación, ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes (Corte IDH, 2014A, párr. 142).

6. Plazo razonable de duración del proceso

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 143) ha hecho particular hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”.

Esto, además, contribuye a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad

física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sean adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

7. Bibliografía y Jurisprudencia

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Agosto 2014. Arrancados de raíz, Causas que originan el desplazamiento de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Agosto de 2006. Migración internacional, derechos humanos y desarrollo.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2001. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familiares en el hemisferio. OEA/Ser./L/V/II.111.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2014. Comunicado de Prens No. 110/14 CIDH culmina su visita en los Estados Unidos de América, 02 de octubre 2014.
- Comité de Derechos Humanos. 1989. *Observación General Número 17 sobre los derechos de los niños* (artículo 24)(CCPR/C/35).
- Comité de los Derechos del Niño. 2006. Observación General N° 6 sobre Trato de Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6.
- Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación número 12 sobre el Derecho del Niño a ser escuchado.
- Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General número 14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 1999. Opinión Consultiva número 16 sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las garantías del debido proceso legal.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2002. Opinión

Consultiva número 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2003. Opinión Consultiva N° 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2005. Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2010. *Caso Vélez Loo v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2010. Serie C No 218.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2014A. *Opinión Consultiva N° 21 Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2014B. Caso *personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Caso Tide vs. República Dominicana), Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Testimonios

Destitución ilegal y arbitraria de magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras

José Antonio Gutiérrez Navas, Gustavo Enrique Bustillo Palma,
José Francisco Ruiz Gaekel y Rosalinda Cruz Sequeira¹

Ex Magistrados de la Sala Constitucional de la
Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Peticionarios ante la CIDH.

Resumen: El 12 de diciembre de 2012, en horas de la madrugada (a las 04:00 horas), con el edificio rodeado por miembros de las Fuerzas Armadas de Honduras, el Congreso Nacional acordó la destitución de cuatro de los cinco Magistrados integrantes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dicha destitución se realizó de modo arbitrario e ilegal por carecer el Congreso de competencia y de poderes para ello (la destitución se ejecutó sin invocación de causa legal, sin debido proceso y fue llevada a cabo por el Congreso, órgano que carecía de competencia para ello) y en clara violación del principio de separación de poderes y de la independencia del Poder Judicial. Las víctimas fueron los Magistrados José Antonio Gutiérrez Navas, Gustavo Enrique Bustillo Palma, Rosalinda Cruz Sequeira y José Francisco Ruiz Gaekel. Los cuatro Magistrados habían sido oportunamente designados para ejercer el cargo por el período de 7 años, desde el 25 de enero de 2009 al 25 de enero del 2016.

Palabras clave: Honduras; Corte Suprema de Justicia; Sala Constitucional; destitución arbitraria; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; independencia judicial; separación de poderes.

1 Agradecemos al Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH) el trabajo profesional y comprometido que desarrolla en defensa de nuestros derechos, en particular, la representación jurídica ante la CIDH y las reuniones realizadas en nuestro nombre con diversas autoridades internacionales. Gracias a sus gestiones estamos esperanzados en una pronta resolución del caso.

Abstract: On December 12, 2012, in the early morning hours (at 04:00 am), with the building surrounded by members of the Armed Forces of Honduras, the Congress agreed to the dismissal of four of the five judges of the Chamber, members of the Supreme Constitutional Court. This dismissal was made arbitrarily and illegally due to the Congress' lack of competence and powers to do so (the dismissal was executed without invoking legal grounds, without due process and was conducted by Congress, a body that was not competent to do so) and in clear violation of the principle of separation of powers and independence of the judiciary. The victims were judges Jose Antonio Gutierrez Navas, Gustavo Enrique Bustillo Palma, Rosalinda Cruz Sequeira and José Francisco Ruiz Gaekel. The four judges had been duly appointed to hold office for a period of seven years, from January 25 2009 to January 25, 2016.

Keywords: Honduras; Supreme Court of Justice; Constitutional Court; arbitrary dismissal; Inter-American Commission on Human Rights; judicial independence; separation of powers.

Artículo recibido: 18/03/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. **Introducción: una destitución arbitraria que afectó las bases democráticas del país**
2. **Un largo camino recorrido en busca de una justicia que todavía no llega**
3. **Nuestras vidas en permanente riesgo**
4. **Las denuncias ante organismos de la sociedad civil**
5. **Los efectos estructurales del caso: la importancia de una pronta resolución**
 - 5.1 **Falta de independencia judicial**
 - 5.2 **Violencia contra los operadores de justicia**
6. **Los organismos de derechos humanos expresaron su fuerte rechazo**
7. **Conclusión**
8. **Bibliografía**

1. Introducción: una destitución arbitraria que afectó las bases democráticas del país

El día 12 de diciembre de 2012, cuatro de los cinco Magistrados que nos desempeñábamos como miembro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, sufrimos un ataque personal e institucional de enormes consecuencias, cuyas repercusiones aún estamos sufriendo. Los hechos fueron los siguientes:

El día 12 de diciembre de 2012, a las 4 am, el Congreso Nacional nos destituyó arbitrariamente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y nombró a cuatro Magistrados sustitutos. La destitución se ejecutó sin invocación de causa legal, sin debido proceso, y fue llevada a cabo por el Congreso, órgano que carecía de competencia para ello.

El Congreso alegó como justificación de la destitución una pretendida irregularidad en las funciones administrativas. Sin embargo, los magistrados de la Corte carecíamos –al momento de juzgarse nuestra conducta– de funciones administrativas, y la pretendida irregularidad administrativa no figura como causa legal de destitución de magistrados en ninguna disposición legal de Honduras.

La destitución fue un acto de represión por parte del Congreso Nacional motivado en la disconformidad que le generaron varias sentencias de inconstitucionalidad que emitimos² y en nuestra negativa a ceder frente a las presiones y exigencias del entonces Presidente de la República –don Porfirio Lobo Sosa– y del entonces Presidente del Congreso Nacional –Juan Orlando Hernández– actual Presidente de la República de Honduras. Prueba de ello son las múltiples amenazas públicas y privadas que recibimos

2 Dichos fallos fueron adoptados en el marco de las competencias que le atribuye la Constitución de la República y las leyes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Entre las leyes declaradas inconstitucionales se encontraba la Ley Especial de Regiones Especiales de Desarrollo (denominadas “ciudades modelo”) y el proyecto de fallo relativo a la “Ley Especial para la Depuración Policial”; decisión que al haber sido adoptada sin unanimidad de votos debía ser tratada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

durante nuestros años de ejercicio en el cargo y que continuaron con posterioridad.

Luego de la destitución, interpusimos un recurso de amparo (y luego de reposición), los cuales fueron rechazados por causas formales bajo el entendimiento de que los diputados del Congreso Nacional no son funcionarios públicos (contra quienes sí procedería el amparo). De este modo, tras la arbitrariedad de la destitución tuvo lugar una clara denegación de justicia.

La destitución arbitraria fue además un grave ataque a la democracia y al principio de separación de poderes. Todas las personas que viven en Honduras resultaron víctimas de este atropello, ya que quedaron a merced de un gobierno capaz de destruir el órgano cuya principal misión es la defensa de sus habitantes. Mediante ese acto, el Poder Legislativo –con la connivencia del Poder Ejecutivo y del Presidente de la CSJ– destruyó el órgano que tiene asignada constitucional y legalmente tanto la misión de verificar y ser el intérprete último y definitivo de la constitucionalidad de las leyes, como el respeto de los derechos y libertades fundamentales por la vía del recurso de amparo. Al mismo tiempo alteró la composición tanto de la Sala Constitucional como del Pleno de la propia CSJ configurada legalmente con quince magistrados electos por el mismo Congreso para desempeñarse en el cargo hasta el año 2016³.

Finalmente, este acto ilícito y arbitrario constituyó una grave vulneración a numerosos derechos humanos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, los Magistrados fuimos víctimas de la violación al derecho a la integridad personal, al derecho a las garantías judiciales, al principio de legalidad y retroactividad, a los derechos políticos y al derecho a la protección judicial.

3 Los cuatro Magistrados arbitrariamente destituidos fuimos oportunamente designados para ejercer el cargo por el período de 7 años, desde el 25 de enero de 2009 al 25 de enero del 2016, por lo que aún deberíamos estar desempeñándonos en nuestros cargos.

2. Un largo camino recorrido en busca de una justicia que todavía no llega

Han transcurrido más de dos años desde que ocurrieron los hechos y aún nos encontramos sin la posibilidad de tener una audiencia o juicio justo. Es decir, la justicia para nosotros, aún no llega.

Las primeras acciones judiciales que intentamos fueron realizadas en el orden interno. Sin embargo, estos recursos resultaron ser meramente formales, no idóneos, ilusorios, inútiles y faltos de eficacia.

Como ya lo mencionamos, el 12 de diciembre de 2012, a las cuatro horas de la mañana (4:00 a.m.), el Congreso Nacional nos destituyó de nuestro cargo como Magistrados de la Sala de lo Constitucional y eligió a cuatro Magistrados sustitutos. El mismo día (12 de diciembre de 2012) los cuatro Magistrados destituidos interpusimos un recurso de amparo ante la Sala Constitucional integrada por los nuevos miembros designados por el Congreso. El 29 de enero de 2013 una Sala especial (integrada por miembros designados a tal fin luego de la excusación de varios Magistrados), nos denegó el amparo con una votación 4–1, motivo por el cual se abocó el pleno de la Corte. El 6 de febrero de 2013 el pleno de la Corte Suprema nos rechazó el amparo, limitándose a reiterar el fallo emitido por la Sala Especial. Finalmente, el 13 de febrero de 2013 presentamos un recurso de reposición, el cual fue denegado mediante sentencia dictada por el pleno de la Corte el día 18 de febrero de 2013.

Resulta evidente que los recursos intentados fueron inútiles, ya que todos ellos fueron rechazados de plano y por causas meramente formales sin haber contado en ningún caso con una instancia de defensa, configurándose de este modo una clara denegación de justicia. Los recursos de amparo y reposición fueron rechazados, basándose en la falsa afirmación de que los diputados del Congreso Nacional (que nos habían destituido) no se encuentran dentro del concepto de “funcionarios” cuyos actos sí son susceptibles del recurso de amparo. Sin embargo, contrariamente a lo manifestado por la CSJ, el ordenamiento jurídico de Honduras expresamente reconoce que la Sala de lo Constitucional y el Pleno de la CSJ sí son competentes para conocer los recursos de amparo interpuestos.

Ante semejante estado de indefensión y agotamiento de todos los recursos internos, el 5 de febrero de 2013 presentamos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una petición denunciando la violación de los derechos a la integridad personal (CADH, art. 5.1), a las garantías judiciales (CADH, art. 8), al principio de legalidad y retroactividad (CADH, art. 9), a los derechos políticos (CADH, art. 23.1.c) y al derecho a la protección judicial (CADH, art. 25)⁴.

El 20 de marzo de 2013, fuimos recibidos en Audiencia Privada por la Comisionada Tracy Robinson en la sede de la CIDH en Washington D.C., quien nos manifestó su preocupación por la situación que se estaba viviendo en Honduras y ofreció poner atención al caso por las graves violaciones que se estaban cometiendo. En dicha oportunidad, le entregamos un escrito que contenía un resumen de los hechos y sus fundamentos de derecho, así como una mención de las leyes aplicables al caso en Honduras.

El 25 de septiembre de 2013 remitimos a la CIDH un escrito de *agenda* al primer escrito, en el que se había anunciado completar la información de la denuncia remitida el 5 de febrero; y con carácter complementario, en enero de 2015 enviamos una solicitud de *per saltum* a fin de que, atento a la gravedad institucional que el caso reviste, el mismo sea tratado con mayor celeridad⁵.

4 La petición fue registrada como “P-455-13. Destitución arbitraria e ilegal de los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, José Antonio Gutiérrez Navas y otros. Honduras”.

5 La regla general para la tramitación de las peticiones se encuentra consagrada en el artículo 29 inc. 2 del Reglamento de la CIDH, el cual dispone que “la petición será estudiada en su orden de entrada”. Sin embargo, a continuación, dicho artículo contempla una serie de supuestos que permitirían a la Comisión adelantar la evaluación de una petición. Entre los supuestos contemplados se encuentra la posibilidad de darle mayor celeridad a la tramitación de casos cuando el transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil, en particular cuando la presunta víctima sea un adulto mayor (29.2.a.i) y cuando la decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de los derechos humanos (29.2.d.i).

Finalmente, nos vimos obligados a presentar también una solicitud de medidas cautelares, para evitar la producción de daños graves, urgentes e irreparables en nuestra persona y nuestros familiares, debido a los numerosos hechos de hostigamiento, amenazas y persecución que estamos padeciendo.

3. Nuestra vida en permanente peligro

Lamentablemente, la destitución ilegal y arbitraria que sufrimos estuvo acompañada de múltiples amenazas y hechos de hostigamiento. Desde los acontecimientos de diciembre de 2012 hemos sufrido amenazas de muerte, persecución, acusaciones e intentos de vinculación con el narcotráfico por parte del gobierno, intervención de nuestras comunicaciones personales y una grave afectación patrimonial y a las fuentes de trabajo, dando lugar a una situación cada vez más difícil de sobrellevar. Para ejemplificar esta persecución basta relatar algunos hechos que comenzaron antes de la destitución y se prolongaron en el tiempo.

Los primeros días de enero de 2013 fuimos entrevistados por un canal de televisión de llegada nacional. Durante la entrevista, un periodista llamó a las oficinas de la Corte para preguntar por qué no se nos permitía el ingreso a la Corte (luego de la destitución se nos prohibió el ingreso a la Corte). Ante la presión propia que ejerce un medio de comunicación masivo, y estar expuestos ante tanta audiencia, la Corte nos envió un vehículo al canal donde nos encontrábamos para trasladarnos hasta la Corte y probar así –públicamente– que sí teníamos permitido el ingreso. Cuando llegamos a la Corte nos esperaba una gran cantidad de personas que bajaban de varios buses, cargando mochilas con piedras palos y machetes en sus manos, quienes intentaban agredirnos. Los mismos periodistas preguntaron a las personas de dónde procedían y por qué estaban agrediéndonos, quienes respondieron: “el gobierno les había pagado 150 lempiras a cada uno más un plato de comida” y que ellos no sabían en qué andaban, sólo que “tenían que atacar a los magistrados”. Todo esto se encuentra documentado por los medios de comunicación y constituye un ejemplo del contexto en el que se desarrollaron los hechos y la actitud

hostil y violenta adoptada por las autoridades gubernamentales, actitud que continúa en la actualidad.

Otra especial forma de hostigamiento lo constituye el intento del gobierno de vincularnos al narcotráfico. Previo a la destitución de diciembre de 2012, el Sr. Juan Orlando Hernández, entonces presidente del Congreso y actual presidente de la República de Honduras, nos acusó públicamente de estar vinculados al crimen organizado. Esta acusación nunca fue llevada ante los tribunales ni se presentó prueba alguna al respecto, ya que el presidente del Congreso sólo pretendía amedrentarnos, amenazarnos y eludir cualquier tipo de responsabilidad ulterior. Sabido es el nivel de impunidad con que opera el narcotráfico en Honduras. Estas acusaciones, por tanto, constituyen un intento del Estado de desvincularse de toda responsabilidad ante un posible atentado en nuestra contra, ya que si se lograra vincularnos al narcotráfico, entonces –para la opinión pública– la responsabilidad por las amenazas y sus posibles consecuencias no provendría del Estado sino del crimen organizado.

Esta estrategia de querer manchar públicamente nuestra imagen persistió en el tiempo y se concretó en violaciones claras a la intimidad, seguridad personal y privacidad. Así, por ejemplo, en la actualidad nos encontramos con las comunicaciones intervenidas, lo cual nos expone a peligros aún mayores en razón de la información que es filtrada.

Lo que es más grave aún es que esta persecución ha llegado al extremo de poner en riesgo nuestra vida. A modo ejemplificativo, exponemos a continuación algunos hechos sufridos en los últimos años:

- En diciembre de 2012, el Magistrado Gutiérrez Navas recibió una serie de amenazas de muerte y actos que pusieron en riesgo su vida e integridad física, por lo que se vio obligado a salir del país bajo protección de la Embajada de España.
- El 21 de febrero de 2013, una de las hijas de la Magistrada Rosalinda Cruz sufrió un atentado a horas del mediodía en las Lomas del Guijarro, un auto desconocido la persiguió requiriendo que se bajara de su vehículo.
- El 11 de marzo de 2013 a las 10.00 a.m. aproximadamente, mientras el Magistrado Gutiérrez Navas se encontraba en Washington DC para

asistir a una audiencia privada con la Comisionada Tracy Robinson, recibió una llamada telefónica de la esposa quien le dijo que dos patrullas policiales golpeaban insistentemente el portón de su casa y tocaban el timbre manifestando que querían ver al abogado Gutiérrez Navas porque eran “policías buenos”. El Magistrado le recomendó a su esposa que les dijera que no estaba y que llamara a la policía. Cuando la esposa les dijo a los desconocidos que iba a llamar a la policía, éstos se marcharon rápidamente. Un hecho similar se repitió en febrero de 2014.

- El día 19 de agosto de 2013, el hermano de la Magistrada Rosalinda Cruz y su cuñada recibieron una amenaza de muerte proveniente de un número de celular desconocido. En la misma época, todas las noches, en horas de la madrugada, un *pick up* color oscuro aparca-ba en la acera de la casa de Rosalinda Cruz el cual se quedaba para vigilar y amedrentar a la familia.
- El día 18 de marzo de 2014, a las 9.50 a.m., el Magistrado José Francisco Ruíz Gaekel salió de su domicilio en la ciudad de Comayagua con destino a la ciudad de Tegucigalpa. Cuando se conducía por la carretera CA-5 a eso de las 10.45 a.m. en las proximidades del cementerio Santa Cruz Memorial, cerca de la estación policial del lugar conocido como “El Durazno”, a unos 10 km de la ciudad de Tegucigalpa, se verificaba un operativo de la Policía Militar de las FF.A.A. Un policía le hizo señal de parada a lo cual atendió, bajó el vidrio, y al requerimiento descortés de la policía entregó la licencia de conducir y la boleta de registro del vehículo. Sin revisar los documentos y en tono fuerte y prepotente le ordenaron que se bajara del vehículo ya que harían un registro. El Magistrado consultó por el motivo de tal orden ya que ello sólo es posible en virtud de sospechas de la comisión de un hecho delictivo o mediante orden judicial, y la respuesta fue “yo sólo cumplo órdenes superiores”. Ante tal situación, y la llegada de otros militares que se encontraban en el operativo, el Magistrado les dijo que se bajaría pero que tomaría fotografías. Dos policías militares hicieron un registro inusual del vehículo y cuando el Magistrado intentó tomar la segunda fotografía se acercó otro policía

militar y se lo impidió. Cuando el Magistrado les dijo quién era y que había realizado una denuncia ante la CIDH y que debía documentar todo, los policías se enojaron mucho e hicieron varias requisas más al vehículo. El Magistrado pidió hablar con el oficial a cargo pero los policías le dijeron que éste estaba ocupado y que no lo podía atender.

- El día lunes 13 de octubre de 2014, el magistrado Gutiérrez Navas recibió un sobre donde se encontraba el recuerdo de fin de novenario de la muerte de su padre, quien falleció el 23 de junio de 2012. Ante tal impacto el Magistrado se quedó inmóvil, aterrado y muerto de miedo porque esa es la forma en que operaba el batallón 3-16, famoso por la cantidad de crímenes y asesinatos en la época de los 80 y 90 del siglo pasado.
- El jueves 16 de octubre de 2014, en horas de la tarde, unos hombres armados se presentaron en el comercio de “*car-wash*” que tenía el yerno de la Magistrada Rosalinda Cruz a pedirle una suma de dinero, bajo amenaza de muerte. El yerno de la Magistrada tuvo que cerrar su negocio.
- El día 3 de diciembre de 2014, a las cuatro de la tarde, dispararon con un arma de fuego a la casa de la Magistrada Rosalinda Cruz Sequeira. La bala ingresó a la casa y casi mata a una mujer que se encontraba ahí. “Yo no quiero denunciar este hecho ante las autoridades locales por miedo a las posibles represalias que sucederían después”, dijo la Magistrada. En Honduras, la Policía se encuentra infestada de criminales, lo cual es de público conocimiento a nivel nacional e internacional, y la Magistrada no puede permitir que ingresen a su casa para posteriormente ser víctima de cualquier otro delito.

4. Las denuncias ante organismos de la sociedad civil

La situación de total indefensión y amenazas antes descripta se ve agravada si se tiene en cuenta que los responsables de la destitución arbitraria ocupan actualmente las principales funciones públicas.

En efecto, el actual titular del Ministerio Público (el Sr. Óscar Fernando Chinchilla) fue el único Magistrado de la Sala Constitucional que

no fue destituido en 2012. En ese entonces –luego de la destitución– el Sr. Chinchilla no apoyó los recursos de amparo que presentamos. Con posterioridad, con el total apoyo del Poder Ejecutivo, y en forma irregular e ilegal, asumió el cargo que ahora ocupa como titular del Ministerio Público. Por su parte, el actual Presidente de Honduras (el Sr. Juan Orlando Hernández) fue el entonces presidente del Congreso que nos destituyó arbitrariamente en 2012.

Ante esta situación, resulta imposible para nosotros acudir a las autoridades públicas en búsqueda de protección, y es por ello que nos hemos visto obligados a acudir a las organizaciones de la sociedad civil, entre ellas, al Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras (CONADEH)⁶. A continuación compartimos un extracto del testimonio que la Magistrada Rosalinda Cruz Sequeira emitió ante el CONADEH, el 18 de diciembre de 2012, pocos días después de la destitución:

En vista a la gravedad de la crisis institucional y del odio manifiesto de los Poderes del Estado Ejecutivo y Legislativo y la pasividad y silencio del Presidente de la Corte Suprema de Justicia Jorge Rivera Avilés, nos consideramos en grave peligro de cualquier atentado a nuestras vidas, a nuestros bienes y a nuestras familias [...]. Es mi deseo denunciar que debido a amenazas a su integridad física, el Magistrado José Antonio Gutiérrez Navas, Presidente de la Sala Constitucional tuvo que salir del país de emergencia, habiendo solicitado asilo a la Embajada de España en nuestro país. Desconociendo en este momento dónde se encuentra y el resultado de su gestión. Asimismo,

6 El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH), es una institución constitucional y nacional creada por el Decreto No. 2-95 del Congreso Nacional, mediante la reforma del artículo 59 de la Constitución de la República de 1982, “Para garantizar los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución”, y también de los Tratados, Pactos, Convenciones y sus Protocolos Facultativos ratificados por el Estado hondureño. Cuenta con plena autonomía y su principal objetivo es la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana y el fortalecimiento del Estado de Derecho. <http://conadeh.hn/>

el Magistrado José Francisco Ruiz Gaekel está tramitando asilo en la Embajada de Alemania, acreditada en Honduras. Es preciso poner en su conocimiento que nuestros correos electrónicos, específicamente el del Magistrado Ruiz Gaekel y el mío han sido jaqueados con fines desconocidos; también nuestras comunicaciones telefónicas y móviles se encuentran intervenidas, asimismo he recibido llamadas en reiteradas ocasiones en el teléfono fijo y cuando contestamos nos cuelgan inmediatamente [...]. Cualquier atentado o delito que se comenta en contra de mi persona, de mis bienes o de mi familia, responsabilizo a las autoridades que en este momento gobiernan el país, especialmente a los funcionarios que públicamente se han pronunciado acusándonos irresponsablemente de estar coludidos con el crimen organizado [...]. Por todo lo antes expuesto, solicito a la COFADEH, que en atención de estar en riesgo mi vida y la de mis familiares, y por su intermedio a los organismos tanto nacionales como internacionales, dé protección [...] y me brinden el amparo respectivo para garantizar el respeto a la vida⁷.

5. Los efectos estructurales del caso: la importancia de una pronta resolución

5.1 Falta de independencia judicial

El problema de la falta de independencia judicial es un problema institucional grave que afecta desde hace varios años al Estado de Honduras. En efecto, no sólo nos ha afectado a los cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que firmamos y relatamos el presente testimonio, sino que además se ha convertido en un problema estructural del país.

La Asociación de Jueces por la Democracia (AJD)⁸ denuncia desde el

7 Testimonio de la Magistrada Rosalinda Cruz Sequeira ante la COFADEH, 18 de diciembre de 2012.

8 La Asociación de Jueces por la Democracia (AJD) es una asociación profesional, que trabaja por la independencia judicial, las reivindicaciones gremiales y los procesos democráticos en Honduras.

año 2007 que hay una persecución a los magistrados en Honduras. El eje central de la denuncia es que no existen condiciones institucionales para ejercer la judicatura de forma independiente⁹.

Esta situación puede verse reflejada en la gran cantidad de destituciones y suspensiones de diversos operadores de justicia en los últimos años, lo cual demuestra la existencia de un patrón sistemático consistente en la suspensión y/o destitución de jueces y magistrados, dentro del marco de un “plan de depuración” en el Poder Judicial de Honduras. Sólo a modo ejemplificativo destacamos los siguientes hechos denunciados por los medios de comunicación del país:

Desde septiembre de 2013, el Consejo de la Judicatura inició la depuración en el Poder Judicial de Honduras. El abogado Luis Chévez de la Convergencia por los Derechos Humanos afirmó que “no se está cumpliendo con el debido proceso que establece la ley”¹⁰.

El diario La Prensa publicó el 14 de octubre de 2014 que “Honduras ha destituido 29 jueces y suspendido 28 en un año”¹¹.

9 En el 149 Periodo de Sesiones, en la Audiencia celebrada el 28 de Octubre de 2013 sobre Independencia judicial en Honduras, la organización ADJ denunció 4 causas que provocaban falta de independencia judicial: 1) modificación del CPP eliminando la posibilidad de medidas sustitutivas a la prisión preventiva ante el delito de prevaricato; 2) irregularidades en la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura (incluyendo la aplicación de sanciones a jueces sin que exista catálogo alguno de faltas ni un procedimiento reglado); 3) la aplicación de la “prueba de la confianza” a los jueces para “depurar el poder judicial” (pruebas toxicológicas, psicométricas, y del polígrafo, etc.); 4) ausencia de mecanismos de protección ante la violencia y persecución sufrida por los jueces y sus familiares, en particular, tras el asesinato de la jueza Mirella Mendoza Peña ocurrido en julio de 2013.

10 Nota publicada el 10 de enero de 2014 en Radio Progreso y el ERIC <http://radioprogressohn.net/~rprog/index.php/comunicaciones/noticias/item/604-contin%C3%BAa-proceso-de-%E2%80%9Cdepuraci%C3%B3n-judicial%E2%80%9D-en-honduras>

11 Nota publicada el 14 de octubre de 2014 en diario La Prensa <http://www.laprensa.hn/honduras/757946-410/honduras-ha-destituido-29-jueces-y-suspendido-28-en-un-a%C3%B1o>

El diario El Heraldo publicó el 25 de noviembre de 2014: “Más de 100 suspendidos ha dejado depuración judicial de Honduras”¹².

“Teodoro Bonilla afirmó que ‘No queremos jueces locos o semilocos’ al informar sobre la decisión del Consejo de la Judicatura de iniciar la aplicación de pruebas de confianza a jueces, magistrados de Cortes de Apelaciones y otro tipo de personal jurisdiccional y administrativo que labora en el Poder Judicial”¹³.

El diario La Prensa publicó el 10 de septiembre de 2014: “Suspenden a dos jueces en Honduras”¹⁴.

El diario La Tribuna publicó que la “Fiscalía presentará informe sobre jueces suspendidos. El Ministerio Público (MP) presentará un informe en los próximos días sobre 20 jueces que fueron suspendidos por el Consejo de la Judicatura de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) porque han reportado una serie de irregularidades en su gestión”¹⁵.

La CIDH ha tomado nota de esta realidad y viene advirtiendo sobre la existencia de asuntos estructurales que afectan la vigencia de los derechos humanos en Honduras, en particular, la falta de independencia judicial. Expresamente la Comisión manifestó en su Informe Anual del año 2013 que “la información recibida sobre Honduras durante 2013 refiere a situaciones estructurales que la CIDH observa con especial preocupación. En particular, la situación de [...] la independencia del poder judicial y de otros poderes del Estado, las debilidades en la administración de justicia asociadas a altos índices de violencia e impunidad” (Informe Anual CIDH, 2013, párrafo 235).

12 Nota publicada el 25 de noviembre de 2014 en El Heraldo <http://www.elheraldo.hn/pais/757841-331/m%C3%A1s-de-100-suspendidos-ha-dejado-depuraci%C3%B3n-judicial-de-honduras>

13 Nota publicada el 25 de noviembre de 2014 en El Heraldo <http://www.elheraldo.hn/pais/756056-214/teodoro-bonilla-no-queremos-jueces-locos-o-semilocos>

14 Nota publicada el 10 de septiembre de 2014 en La Prensa <http://www.laprensa.hn/honduras/743711-96/suspenden-a-dos-jueces-en-honduras>

15 Nota publicada el 4 de febrero de 2014 en La Tribuna. <http://www.latribuna.hn/2014/02/04/fiscalia-presentara-informe-sobre-jueces-suspendidos/>

5.2. Violencia contra los operadores de justicia

En segundo lugar, la falta de independencia judicial no sólo puede observarse a partir de las destituciones directamente ejercidas por el gobierno, sino también a partir de los hechos de violencia y amenazas permanentes con que tienen lidiar los y las operadores de justicias en su trabajo cotidiano.

La CIDH ha emitido comunicados de prensa condenando el asesinato de operadores de justicia en Honduras, en particular, el asesinato de dos fiscales y una defensora pública¹⁶. Asimismo ha expresado su preocupación por las continuas amenazas en contra de las y los operadores de justicia en el país, instando a las autoridades a actuar con urgencia para identificar los motivos de estos crímenes y poner en práctica todos los instrumentos jurídicos con los que cuenta para sancionar a los responsables.

El pasado 10 de abril de 2015, en la ciudad de San Pedro Sula, asesinaron de forma violenta e inexplicable al Abogado José Eduardo Gauggel (ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, Diputado y Precandidato Presidencial) y a su hijo (actual congresista hondureño por el opositor Partido Liberal). Y según información que proporcionan los medios de comunicación, en los últimos cuatro años han muerto de manera similar en Honduras al menos 91 abogados y el 95% de los casos no ha sido aclarado aún por las autoridades¹⁷. Según un informe del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos publicado por el Colegio de Abogados de Honduras, el porcentaje de muertes en Honduras sin resolver asciende al 97 por ciento¹⁸.

El Estado de Honduras ha pretendido defenderse de estos hechos de violencia alegando que se trata de amenazas y hechos perpetrados por el crimen organizado. Sin embargo, cabe recordar, en primer lugar, que es

16 Comunicado de prensa 139/14, del 24 de noviembre de 2014

17 Puede verse en <http://sipse.com/mundo/asesinato-expresidente-corte-centroamericana-e-hijo-honduras-146334.html>

18 Ver en <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/149224/colegio-pide-investigar-asesinatos-de-abogados-en-honduras>

el Estado el responsable de garantizar la seguridad de los operadores de justicia y, en segundo lugar, que nada acredita que esto realmente sea así.

6. Los organismos de derechos humanos expresaron su fuerte rechazo

Los organismos de derechos humanos han manifestado desde un primer momento su fuerte rechazo a la destitución sufrida en 2012.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el día 3 de enero de 2013, emitió un comunicado de prensa en el que destacó “la importancia del principio de separación e independencia de las ramas de gobierno como un elemento esencial del Estado de Derecho” manifestando también que las “sanciones disciplinarias que se impongan a un juez o jueza, en ningún caso pueden estar motivadas en el juicio jurídico que se hubiera desarrollado en alguna de sus resoluciones”. Asimismo, la Comisión resaltó que desde el punto de vista institucional, el principio de independencia exige que las juezas y jueces ejerzan sus funciones sin ser objeto de injerencias indebidas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes del proceso, los actores sociales y otros órganos vinculados a la administración de justicia: “Un poder judicial independiente es indispensable como contralor de la constitucionalidad de los actos de otros poderes del Estado, así como órgano encargado de administrar justicia” (CIDH, Comunicado de Prensa No. 3/13).

Por su parte, la Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de los jueces y abogados, Sra. Gabriela Knaul, calificó la destitución como “un grave atentado a la democracia en Honduras porque no respetó el debido proceso”, añadiendo “que el uso indebido de un procedimiento disciplinario de represalia contra los jueces es inaceptable”. La propia Relatora puso de manifiesto cómo el Congreso Nacional fundamentó esa medida como respuesta a la decisión de los Magistrados de declarar inconstitucional el decreto 89 del 2012 para la depuración de la policía y señaló que los jueces pueden ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, tras un procedimiento que cumpla con el debido proceso y las garantías de un juicio justo. En ese sentido,

instó a las autoridades a cumplir con el principio de la separación de poderes y a garantizar que el Poder Judicial pueda operar sin presiones, amenazas o intromisiones indebidas y pidió a las autoridades hondureñas que reconsideraran nuestra destitución (Centro de Noticias ONU, 2013).

A nivel nacional, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos (CONADEH) calificó la destitución como un “acto arbitrario, abusivo y defectuoso de la administración pública personificada por el Congreso Nacional de la República”, añadiendo que “el acatamiento *ipso facto* del Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de lo aprobado por el Congreso Nacional en este caso, según consta en el OFICIO PCSJ NO. 001-20013, es una muestra de subordinación inconstitucional que en lugar de resolver la crisis que afecta la institucionalidad del Estado, más bien viene a complicarla, sin resolver lo que tiene una solución institucional y constitucional, porque todo lo actuado en materia jurisdiccional a partir de ahora puede tener vicios de nulidad” (CONADEH, Informe del 4 de enero de 2013). Asimismo, el CONADEH interpuso una denuncia ante la CIDH solicitando medidas cautelares, por el grave peligro que corrían (y aún corren) nuestras vidas, sin que la Comisión se haya pronunciado aún al respecto.

Asimismo, la Secretaria de Estado en los Despachos de Justicia y Derechos Humanos, Sra. Ana Pineda, declaró tajantemente que “se conculcó el principio de independencia de los jueces y magistrados” y que “no es posible que este procedimiento se haya llevado a cabo en 24 horas sin que se conocieran con la debida transparencia cuales fueron las causas que se invocaban para la remoción de los magistrados () No se les dio la oportunidad a los magistrados de ser escuchados como corresponde en un proceso de investigación, consecuentemente el procedimiento está viciado” (Pineda, 2012).

En definitiva, órganos e instituciones oficiales, autorizadas e independientes, tanto de la República de Honduras como en el orden internacional, dan fe de la violación flagrante a nuestros derechos y del grave atentado contra el Estado de derecho.

7. Conclusión

La destitución arbitraria que hemos sufrido en nuestro carácter de Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras no constituye un caso aislado con repercusiones particulares, sino que se trata de un caso de vital importancia para restablecer la independencia judicial en Honduras y revertir un problema de carácter estructural.

Como se puso de manifiesto, ya no se trata simplemente de nuestros derechos, sino que detrás de nuestra petición individual se encuentra la solución y reparación de miles de víctimas que se encuentran a merced de un Estado que desprecia el principio republicano de separación de poderes, la independencia judicial y desconoce las más mínimas garantías del debido proceso.

Entendemos que la pronta solución de nuestro caso brindará estabilidad institucional al país y devolverá a todos sus habitantes la garantía de un sistema judicial independiente, que vele por la protección de sus derechos frente a los actos de arbitrariedad cometidos por las autoridades y terceros, y repare las múltiples violaciones que hoy quedan en la más completa impunidad.

8. Bibliografía

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Comunicado de Prensa No. 3/13, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/003.asp>.

Centro de Noticias ONU, *Honduras: Experta insta a autoridades reconsiderar destitución de magistrados*. <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=25552#.VRXaSvyG-So>

CONADEH, Informe del 4 de enero de 2013, *Sobre la Crisis institucional del Estado de Honduras a raíz de la sustitución de cuatro de los cinco Magistrados de la Sala Constitucional del Poder Judicial según decisión tomada el 12 de diciembre del 2012 por el Poder Legislativo*.

Diario El Heraldo. 18 de diciembre de 2012. *Ana Pineda: destitución*

de magistrados fue ilegal. Honduras. <http://www.elheraldo.hn/minisitios/hondurenosenelmundo/migrantes/328118-364/ana-pineda-destituci%C3%B3n-de-magistrados-fue-ilegal>

Informe Anual CIDH 2013, párrafo 235 <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap4-Honduras.pdf>

Noticia de los autores

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Post-Doctor en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad Clásica de Lisboa (Portugal). Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Rio Grande del Sur (Brasil). Máster en Derecho por la Universidad Estadual de San Pablo (Brasil). Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos (Licenciatura y Máster) en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI) y de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD). Abogado y Consultor Jurídico. Ha publicado más de 20 libros en las temáticas de derecho internacional y los derechos humanos. Ha participado en conferencias en América Latina, Estados Unidos y Europa.

Gustavo de Faria Moreira Teixeira

Máster en Derecho Agroambiental por la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Profesor de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional en la Universidad de Cuiabá (Brasil). Abogado en el Estado de Mato Grosso (Brasil). Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Internacional Público de la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Autor de *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*, primer libro publicado en Brasil sobre la protección ambiental por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Alejandro Celi de La Mota

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina). Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Master en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina). Curso de posgrado en Análisis Económico del Derecho por Harvard Law School (Estados Unidos). Doctorando en Derecho en el Departamento de Economía Aplicada IV de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Patricia Tarre Moser

Abogada por la Universidad Central de Venezuela (Venezuela). Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 2012. Fue becaria en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. LL.M. *summa cum laude* en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos).

Salvador Leyva Morelos Zaragoza

Abogado por la Universidad Marista de Mérida, A.C. (México). Abogado de La 72 Hogar-Refugio para Personas Migrantes, desde 2015. Fue visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. y miembro del Equipo Indignación, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos.

Irene Zagarra Ballón Quintanilla

Abogada por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (Perú), graduada con el primer puesto de su promoción y felicitación pública. Fue becaria del programa internacional Blackstone Legal Fellowship en 2013. Cursó el Diploma en Defensa Internacional de los Derechos Humanos por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH), el Global Law Institute y la Universidad de Zaragoza (España) en 2014. Abogada aliada de la organización de derechos humanos Alliance Defending Freedom y Coordinadora del Proyecto de Arbitraje y Medios Alternativos de Solución de Controversias de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (Perú).

Eleonora López Contreras

Licenciada en Sociología por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) (México), obteniendo la medalla Gabino Barreda al lograr el mejor promedio de su generación. Ha sido profesora adjunta nivel B en las materias Enfoque estructural y Taller de Investigación Sociológica en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (UNAM). Sus líneas de estudio son los derechos humanos y las migraciones internacionales. Entre otras publicaciones es coautora de los libros *Historias de vida y representaciones del conocimiento* y *Las fronteras del transnacionalismo*. Actualmente es

Coordinadora del Grupo de Estudios “Migraciones y Fronteras” e investigadora en la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) dentro del proyecto “Conflictos de género, inserción laboral e itinerarios migratorios de las mujeres peruanas en Chile: Un análisis comparado entre las regiones de Arica–Parinacota, Tarapacá y Valparaíso”, patrocinados por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. Actualmente forma parte del área de Investigación de Early Institute.

Adrián Rodríguez Alcocer

Licenciado en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) (México), y trabaja en la defensa de la vida y la familia desde 2008. Está certificado en “derechos sexuales y reproductivos” por la misma institución. Abogado aliado de la Alliance Defending Freedom, con sede en Phoenix, Arizona (Estados Unidos) y Asesor Jurídico de Derechos del Concebido, A.C. Formó parte del equipo operativo para detener la despenalización del aborto en el estado de Guerrero y tiene experiencia en operación política y cabildeo. Ha sido coautor de diversas publicaciones, entre las que se destacan: *Las recomendaciones de los organismos internacionales como herramienta de presión política* y el libro *Maternidad Subrogada: Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos*. Ha sido profesor de diversas materias en la FES Acatlán y en el Instituto Juan Pablo II. Actualmente es Abogado de Asuntos Públicos de Early Institute.

Cándido Pérez Hernández

Licenciado en Comunicación por la Universidad Anáhuac México Norte (México). Máster en Dirección de Comunicación por la Universidad de Barcelona (España), candidato a Doctor en Gestión Estratégica y Políticas de Desarrollo por la Universidad Anáhuac México Norte (México). Ha sido profesor de las materias Metodología de investigación y Demografía Social. Asesor de tesis de licenciatura y maestría. Sus campos de estudio son políticas familiares y políticas sociales para poblaciones vulnerables. Entre otras publicaciones es autor del capítulo mexicano (country note, 2015) de la International Network on Leave Policies & Research. Actualmente, Coordinador del área de Investigación de Early

Institute, un *think tank* dedicado al análisis y diseño de propuestas para el bienestar del menor.

Andrés Rousset Siri

Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá (España). Doctorando en Derecho Internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Integrante de la Oficina de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado en Mendoza, dependiente del Ministerio Público de la Nación Argentina (Argentina).

Ivania Esperanza Galeano Barralaga

Asesora Jurídica de la Comisión Internacional de Juristas en Honduras, Candidata a Máster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Se ha desempeñado como Asesora Jurídica de la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos en Honduras, en el Departamento de Compromisos Internacionales y como Procuradora Judicial en la Procuraduría General de la República de Honduras. Ha realizado pasantías en temas vinculados a derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, principalmente pueblos indígenas y migrantes, en el año 2011–2012 en el Equipo de Trabajo Internacional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (Argentina) y en el año 2008 en el Programa de Pequeña Donaciones (PPD) del PNUD (Honduras). Ha cursado Diplomados en temas de género y justicia penal, sistema interamericano de derechos humanos y políticas públicas, entre otros.

José Antonio Gutiérrez Navas

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (2009–2016). Presidente de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia de Honduras (26/01/ 2012–hasta la destitución 12/12/12). Magistrado Suplente de la Corte Centroamericana de Justicia, 2007. Consejero y Abogado de Honduras ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya (Diferendo Honduras–El Salvador – 1992). Embajador de Honduras ante la Organiza-

ción de las Naciones Unidas (1998). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Tratados Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras). Miembro del Colegio de Abogados de Honduras. Medalla de Oro y Pergamino como Docente Universitario otorgado por Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras). Condecorado por el Congreso Nacional de la República y Reconocimiento Especial por el Ilustre Colegio de Abogados de Honduras en Homenaje a sus servicios Prestados a la Patria en Defensa de los más Altos Intereses Nacionales.

Gustavo Enrique Bustillo Palma

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, miembro de la Sala Constitucional, designado para desempeñar su cargo desde el 25 de enero de 2009 hasta el 25 de enero de 2016, arbitrariamente destituido en diciembre de 2012.

José Francisco Ruíz Gaekel

Abogado y Exequátur de Notario, Corte Suprema de Justicia de Honduras. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (2009–2016). Presidente de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia de Honduras (2010). Magistrado Propietario, Corte de Apelaciones de Comayagua (Honduras) (1995–a la fecha). Juez de Letras Seccional, Siguatepeque, Comayagua (Honduras) (1994–1995). Registrador de la Propiedad Inmueble y Mercantil, Siguatepeque, Comayagua (Honduras) (1994–1995). Juez Segundo de Letras Seccional, Comayagua (Honduras) (1994). Procurador Privado en Bufete Hernández Mundt, (1989) y en Bufete Gaekel Cevallos–Ruíz Gaekel (1989–1994). Asesor Legal del Servicio de Intercambio del Ejército y la Fuerza Aérea de los Estados Unidos de América (AAFES) por sus siglas en Inglés, Base Aérea Palmerola, Comayagua (Honduras) (1990–1994). Docente en la Escuela Judicial de Honduras, Corte Suprema de Justicia, Programa de Apoyo al Sector Justicia (USAID) y en la Escuela de Capacitación del Colegio de Abogados de Honduras.

Rosalinda Cruz Sequeira de Williams

Abogada por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras). Continuó la administración y dirección del Bufete de su padre, el Doctor Ramón Ernesto Cruz (Ex Presidente de la República de Honduras), fundado en 1935. Obtuvo el Exequátur de Notario Público extendido por la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Doctora en Derecho Mercantil por la Universidad de Buenos Aires en conjunto con la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Impartió cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras en diversas materias: Introducción al Estudio del Derecho, Teoría General del Estado, Derecho Mercantil, Historia del Derecho, Propiedad Intelectual, Derecho Administrativo, Derecho de Seguros, como asimismo en programas de Posgrado de la misma Universidad, UNITEC y la Universidad Católica de Honduras. Ha sido conferencista nacional e internacional en temas de Democracia, Mujer, Derecho, Ética y otros. Fue electa Comisionada Propietaria de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros. Fue Directora del Programa Interinstitucional (Poder Judicial, Ministerio Público y de la Policía) del BID de Administración de la Modernización de la Administración de Justicia. Electa por el Congreso Nacional como Magistrada a la Corte Suprema de Justicia en el año 2009, desempeñándose como Magistrada de la Sala Constitucional hasta 2012, teniendo a su cargo la Dirección de la Unidad de Género de la Corte Suprema de Justicia. En 2013 se reincorporó a la firma, atendiendo desde esa fecha a clientes en asuntos corporativos, comerciales, regulatorios y de seguros, al igual que en arbitraje. Miembro del Colegio de Abogados de Honduras desde 1975. Árbitro Certificada del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industrias de Tegucigalpa. Registrada ante la Embajada Americana en Honduras como Notaria Pública autorizada. También es miembro de Conciencia de Honduras, Asociación de Profesores de la Facultad de Derecho, Asociación para el Estudio del Derecho de Seguros (AIDA), Siglo XXI, Comité PRO-LIFE y Alliance Defending Freedom.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES EN



Sistema de selección de trabajos

Los trabajos que a juicio del Comité Científico Editorial respondan a la temática de la publicación propuesta y reúnan los requisitos formales previstos, serán enviados para su evaluación a dos miembros del Comité de Evaluación (especialistas en la materia), quienes los juzgarán. Si ambos asesores emiten opinión favorable, se incluirá el trabajo en el plan de publicación. Si las opiniones resultan divergentes, se consultará a un tercer miembro del Comité de Evaluación.

El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de realizar invitaciones especiales a personalidades destacadas.

El envío de los trabajos para esta obra implica una autorización de los autores para su publicación en la versión impresa y su permanencia en la publicación en línea por tiempo indefinido. Los autores cuyos trabajos sean aceptados deben completar y enviar el Formulario de autorización para publicar.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser inéditos y referidos a la temática propuesta. Deberán incluir un resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés, y ajustarse a las normas de citación adoptadas por esta publicación. No podrán ser enviados para evaluación a otra publicación mientras dure el proceso de selección.

Tendrán un máximo de 6.000 palabras, incluyendo resumen, *abstract*, palabras clave, *keywords*, notas y bibliografía. El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de admitir excepciones en cuanto a la extensión de los trabajos.

Resúmenes

Cada artículo será acompañado de un resumen en español y su traducción al inglés que deberán ser resueltos en un máximo de 150 palabras cada

uno. El resumen es una representación abreviada del contenido de un artículo, del que sólo se menciona la idea y los puntos principales. Debe caracterizarse por su brevedad, exactitud y claridad, evitando la redundancia.

Palabras clave

Se requieren para definir con precisión la temática del artículo con hasta 5 palabras clave (pueden ser un término o un concepto descriptor), separadas por punto y coma, y también deberán traducirse al inglés. Ejemplo de cinco palabras clave: migración; Derechos Humanos; América Latina; desigualdad; Unión Europea. *Keywords: migration; Human Rights; Latin America; inequality; European Union.*

Normas de citación

Esta publicación ha adoptado la forma concisa dentro del Estilo Chicago de Citación (autor–fecha), la misma se compone de dos partes: la primera es la cita abreviada entre paréntesis en el texto y la segunda, una lista de referencias al final del trabajo.

En caso de presentarse un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a contacto@revistaidh.org o directamente en el sitio web de *Chicago Manual of Style 16th edition*, www.chicagomanualofstyle.org.

El criterio principal de esta norma es proveer la información suficiente para guiar al lector hacia las fuentes utilizadas, hayan sido publicadas o no, impresas o electrónicas, e individualizar correctamente a los autores citados.

Deben ser enviados dos archivos adjuntos a contacto@revistaidh.org. El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, con los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y la filiación institucional del autor. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR

Señores

Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos:

El que suscribe _____,
mayor de edad, domiciliado en la ciudad de _____,
en _____, creador del texto titulado

como parte de la publicación *Revista Internacional de Derechos Humanos*, a través de este documento autorizo voluntariamente a la Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos la publicación de la obra en mención.

Asimismo, conozco que la obra será publicada por una institución sin fines de lucro y, por lo tanto, autorizo que los fondos que se llegaren a recaudar por su divulgación, se destinen a apoyar el financiamiento de los costos sufragados por la misma para la divulgación de esta u otra obra que publique.

Igualmente, declaro que la obra es original y fue realizada por mí mismo, sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad de los derechos morales de la misma, garantizo que no contiene citas o transcripciones de obras no debidamente referencias; que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros, ni contrarias al orden público y a las buenas costumbres, y que no viola derechos de otros autores. De la misma forma, declaro que no dispongo de limitaciones para conceder esta autorización, pero

en todo caso responderé por cualquier reclamación, exonerando de responsabilidad a la Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, sus miembros y/o sus editores.

En virtud de esta autorización, se entiende que mi contribución como autor de dicha publicación se podrá utilizar exclusivamente en la obra mencionada, a fin de poder reproducirla, editarla, traducirla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, Cd- Rom o Internet, siempre y cuando esté circunscrito a la obra realizada.

Nombre: _____

Documento: _____

Firma: _____

Dirección postal: _____

Dirección electrónica: _____

**Por favor anexar copia o escaneado del
documento de identidad.**



Se terminó de componer e imprimir en
agosto de 2015 en Editorial Qellqasqa,
Toso 411, San José de Guaymallén
Mendoza, República Argentina.
editorial@qellqasqa.com.ar
www.qellqasqa.com.ar

Para esta edición se ha utilizado una impresión de bajo impacto ambiental, con insumos reciclados a partir del procesamiento industrial de soja, banana y maní.

