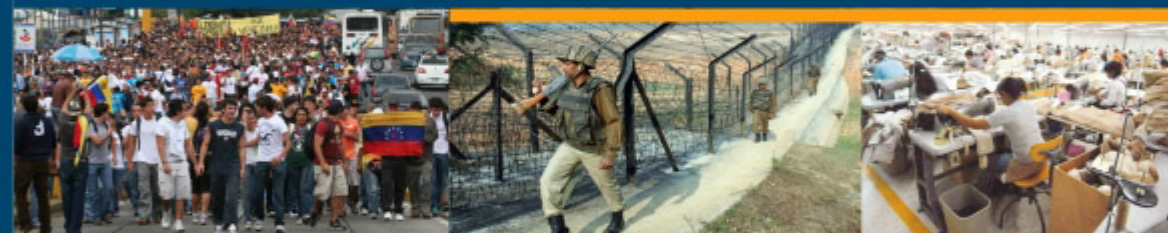


Revista Internacional de Derechos Humanos

AÑO I
Nº1
2011

Sistemas de protección Europeo e Interamericano

ISSN 2250-5210



CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*



UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

Revista Internacional de **Derechos Humanos**

Sistemas de protección Europeo e Interamericano

Para todo contacto con
la Dirección o con la Producción de
esta publicación, remita sus mensajes a
contacto@revistaidh.org
Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

Revista Internacional de Derechos Humanos

Sistemas de protección Europeo e Interamericano

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Comité Científico Editorial

CLADH – Centro Latinoamericano de Derechos Humanos

C. Ignacio de Casas – Universidad de Mendoza – Argentina

Ignacio A. Boulin Victoria – Universidad Austral – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Soledad Bertelsen Simonetti – Harvard University – Estados Unidos

María Laura Farfán Bertrán – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Comité de Evaluación

Grupo Consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos de Zaragoza, de la Consejería de Universidades e Investigación del Gobierno de Aragón, España.

Ángel Gregorio Chueca Sancho – Universidad de Zaragoza – España

Emilio Magallón Verde – Universidad de Zaragoza – España

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando García Fernández – Universidad de Zaragoza – España

Carlos F. Ponce Martínez – Universidad de Zaragoza – España

Pedro Luis Blasco Aznar – Universidad de Zaragoza – España

Pascual Aguelo Navarro – Consejo General de la Abogacía Española, Madrid – España

Ascensión Lucea Sáenz – Abogada, Zaragoza – España

Producción editorial

Daniel Tomás D'Elía – Pasante CLADH

Asistente de Corrección y estilo

Gabriela Principe – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Traducción y revisión abstracts

Gerardo Patricio Tovar

Diseño y asesoramiento editorial

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

C. IGNACIO DE CASAS Presidente – Cofundador / IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Tesorero – Cofundador
LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Secretario – Cofundador / MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN Directora Ejecutiva
Tierra del Fuego 79 (5500) Mendoza – República Argentina
Tel.: (54–261) 424 2344 – mlfarfan@cladh.org – www.cladh.org

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti <i>Presentación</i>	9
Artículos	13
Alejandro González-Varas Ibáñez <i>Las modificaciones en el sistema de protección de los derechos fundamentales en el consejo de Europa tras la entrada en vigor del protocolo 14</i>	15
Fernando Arlettaz <i>La libertad religiosa en el sistema interamericano de Derechos Humanos</i>	39
Andrés Javier Rousset Siri <i>El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	59
Marcos del Rosario Rodríguez <i>El derecho a la nacionalidad</i>	81
Ligia Mariela De Jesús <i>La convención americana sobre derechos humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe</i>	109
Ángel Gregorio Chueca Sancho <i>La demanda individual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental</i>	139
Alejandro Celi de la Mota <i>Tributación y Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y los principios generales de la tributación aduanera</i>	157

Análisis de casos	179
Alejandro Pastori Fillol <i>Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Gelman c/ Uruguay</i>	181
Pedro de Jesús Pallares Yabur <i>La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del caso Mini Numa</i>	197
María Milagros Noli <i>Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras</i>	219
Noticia de los autores	239
Pautas para la presentación de colaboraciones	245

Presentación

Por Georgina Alejandra Guardatti*

La *Revista Internacional de Derechos Humanos* es una publicación que tiene como principal objetivo la difusión de trabajos de investigación, análisis de casos, contribuciones científicas y aportes doctrinarios sobre la promoción y protección internacional de los Derechos Humanos. Consiste en la primera obra de colaboración internacional llevada a cabo por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH) y el Grupo Consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos de Zaragoza (España), integrando el Comité Científico Editorial y el Comité de Evaluación respectivamente.

El Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH) es una organización no gubernamental, apartidaria y sin fines de lucro, fundada en el año 2006 por profesionales de diversos Estados de América Latina, con sede en la República Argentina. El CLADH trabaja en la promoción y protección de los Derechos Humanos en toda América Latina, fomentando una cultura que tenga como base el respeto irrestricto por los derechos fundamentales de las personas, con la convicción de que su respeto es la única garantía de la paz. Para ello, realiza numerosas actividades, por ejemplo: presentación de propuestas legislativas, impulso y promoción de litigios (tanto a nivel nacional como internacional), trabajos de investigación, cursos de capacitación y participación en los espacios que los organismos internacionales ofrecen a las organizaciones de la sociedad civil.

* Editora 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). Miembro del grupo consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Doctoranda en Derecho, Universidad de Zaragoza (España).

El Grupo Consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos, de la Consejería de Universidades e Investigación del Gobierno de Aragón, a cargo del Dr. Ángel Gregorio Chueca Sancho –Investigador Responsable y Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Zaragoza (España)– está integrado por investigadores especializados en Derechos Humanos y Derecho Internacional, quienes avalan el contenido y alcance de la presente publicación.

En este número inaugural se aborda, principalmente, la protección de los Derechos Humanos en los sistemas europeo e interamericano, destacando algunos aspectos sustanciales y procesales de los mismos. Si bien el eje temático es amplio y variado, su desarrollo ha sido posible gracias al esfuerzo mancomunado de expertos en la materia, teóricos y prácticos, tanto de Europa como de América Latina.

En la sección *Artículos*, el Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez presenta las modificaciones en el sistema de protección de los derechos fundamentales en el consejo de Europa tras la entrada en vigor, en el año 2010, del Protocolo 14. Analiza el funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes y después de las reformas introducidas. Entre estas últimas se prevén medidas destinadas a no admitir demandas cuando no sea procedente, así como resolver casos con objeto semejante con mayor rapidez. Se incluyen también medidas complementarias para resolver los conflictos, entre las que cobra protagonismo el Comisionado Europeo de Derechos Humanos, y al cual el autor se refiere en particular.

La libertad religiosa en el sistema interamericano de Derechos Humanos es analizada por Fernando Arlettaz, a partir de lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El autor comienza con la exposición de los preceptos jurídicos y sus relaciones recíprocas, y el contexto general de su adopción. Asimismo, analiza la interpretación que de esos preceptos han realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dedicó su estudio a problemáticas específicas: la igualdad religiosa y las restricciones legítimas a la libertad religiosa. Para finalizar, aborda un ámbito particular de aplicación del derecho: el de los grupos indígenas.

Andrés Javier Rousset Siri presenta su trabajo sobre la evolución de las medidas de reparación ordenadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A través de su análisis, intenta construir un concepto de reparación integral apropiado para el tipo de violaciones a los derechos humanos que se busca subsanar por medio de las mismas.

El Dr. Marcos Francisco del Rosario Rodríguez estudia el Derecho a la Nacionalidad como uno de los Derechos Humanos que, por su composición y características, ha recibido distinto trato en su regulación. Los instrumentos internacionales, como la Convención Americana, han dejado cierto margen de discrecionalidad para los Estados en lo relativo a los modos de adquisición. Según el autor, es un hecho que la nacionalidad es un derecho que no está supeditado a la voluntariedad política de los Estados. La importancia de proteger y garantizar el adecuado ejercicio del Derecho a la Nacionalidad hace a la pertinencia y viabilidad de muchos otros derechos.

El derecho a la vida del no nacido es destacado por la Dra. Ligia Mariela De Jesús, mediante un exhaustivo análisis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se refiere a la aplicación de las normas internacionales de interpretación de los tratados y al potencial desarrollo de los derechos del no nacido en el Sistema Interamericano.

El Dr. Ángel Gregorio Chueca Sancho, mediante una aproximación procedimental, analiza la demanda individual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Para ello, primero centra su estudio en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus formaciones y sus competencias actuales. Luego, avanza hasta la demanda individual, poniendo el acento en el iter procedimental de la misma. Resalta el autor que se trata de un sistema internacional de protección de Derechos Humanos que recibe anualmente miles de demandas y, por ello, se encuentra gravemente aquejado por la enfermedad de su propio éxito.

Una aproximación al tema sobre tributación y Derechos Humanos es esbozada en el artículo de Alejandro Celi de la Mota. Para ello, expone de manera sucinta los principales lineamientos que emergen de la normativa internacional, a efectos de establecer una visión amplia e inclusiva de la con-

cepción de los Derechos Humanos, en un mundo cada vez más globalizado y afectado por una crisis que vulnera los postulados recogidos en el ámbito internacional.

En la sección *Análisis de casos*, el Dr. Alejandro Pastori Fillol reflexiona sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman c/ Uruguay*, ya que introduce conceptos referidos a las leyes de amnistía que se contradicen con el ordenamiento jurídico interno del Uruguay.

Por otro lado, el Dr. Pedro de Jesús Pallares Yabur presenta un análisis del caso *Mini Numa* y la protección judicial del derecho a la salud en el amparo mexicano, especialmente en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, María Milagros Noli realiza una investigación de las funciones políticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con particular enfoque en los mecanismos implementados, en ocasión del golpe de Estado ocurrido en Honduras en el año 2009.

Así, la *Revista Internacional de Derechos Humanos* intenta constituirse en el inicio de una colección de periodicidad anual, que alcance continuidad en el tiempo y una significativa cantidad de aportaciones de quienes promueven la defensa y vigencia de los Derechos Humanos. Como serie colectiva de trabajos de investigación y análisis de casos, pretende mantener el respeto por la diversidad de opiniones de sus autores, incentivando la divulgación de opiniones científicas y académicas de carácter interdisciplinario.

Por último, es necesario destacar la colaboración de la Profesora Gabriela Príncipe, quien desinteresadamente y con esmero llevó a cabo la traducción y revisión de los abstracts. Como así también, un merecido agradecimiento al Sr. Gerardo Tovar, cuya asistencia editorial, dedicada y diligente, ha permitido la realización de la presente publicación.

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI
Coordinadora

Diciembre de 2011

Artículos

Las modificaciones en el sistema de protección de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa tras la entrada en vigor del protocolo 14

Alejandro González-Varas Ibáñez

Profesor Titular de Universidad, Universidad de Zaragoza (España).

Doctor europeo en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia).

Doctor en Derecho por la Universidad de Vigo (España).

Resumen: La saturación de casos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado lugar a la revisión del sistema de acceso y funcionamiento de esta Jurisdicción. Por este motivo en 2010 ha entrado en vigor el Protocolo nº 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Prevé medidas destinadas a no admitir demandas cuando no sea procedente, así como resolver casos con objeto semejante con mayor rapidez. Se incluyen también medidas complementarias para resolver los conflictos, entre las que cobra protagonismo el Comisionado Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Consejo de Europa; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Comisionado Europeo de Derechos Humanos; Protocolo 14.

Abstract: The saturation of cases before the European Court of Human Rights has led to the review of the access system and operation of this jurisdiction. For this reason, in 2010 Protocol nº 14 entered into force to the European Convention on Human Rights. It envisages measures to disallow claims when it is necessary, and to resolve similar cases quickly. It also includes measures to resolve conflicts, among which we find the new role of the European Commissioner for Human Rights.

Keywords: Council of Europe; European Convention of Human Rights; European Court of Human Rights; European Commissioner for Human Rights; Protocol nº 14.

Sumario

1. Introducción
2. Funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la entrada en vigor del Protocolo 14
3. Las reformas introducidas por el Protocolo 14
 - 3.1. Líneas generales
 - 3.2. Aspectos más relevantes de la reforma
4. Las funciones del Comisionado europeo de Derechos Humanos en la resolución de conflictos
5. Conclusiones

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recibido su última reforma a través del Protocolo 14 aprobado en el año 2004, y en vigor desde el 1 de junio de 2010. Para comprender adecuadamente su alcance se ha considerado oportuno realizar una breve referencia al sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta ese momento. A ello se ha destinado el apartado 2. La saturación del Tribunal dio lugar a la apertura de un período de reflexión sobre su modo de funcionar. El resultado se ha cristalizado en la aprobación del Protocolo 14 que pretende, en síntesis, flexibilizar y agilizar el funcionamiento del mencionado órgano jurisdiccional. A su estudio se dedica el apartado 3.

A su vez, el Protocolo ha dedicado cierta atención a los mecanismos extrajurisdiccionales de resolución de conflictos, como son los arreglos amistosos entre las partes. Junto a estos acuerdos, también puede archivarse la causa como consecuencia de las declaraciones unilaterales de los Estados en las que reconozcan que han violado un derecho fundamental y se comprometan a evitar que suceda nuevamente. Sin embargo, quizá haya sido más relevante la nueva dimensión que adquieren los medios de carácter complementario. En este sentido, se refuerza la función del Comisionado Europeo de Derechos Humanos, lo que nos ha impulsado a dedicarle una atención especial en el apartado 4, valorando las ventajas e inconvenientes que presenta su actuación.

2. Funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la entrada en vigor del Protocolo 14

En 1950 se crea el Consejo de Europa y, con él, unos mecanismos de protección de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Durante varias décadas, la garantía de esos derechos fue responsabilidad de tres órganos: la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Las demandas, tanto de los Estados como de los particulares, habían de interponerse ante la Comisión. No había, pues, un acceso directo al Tribunal. La Comisión debía decidir sobre la admisibilidad de la demanda, exponía los hechos, contribuía a la resolución amistosa de los casos, y emitía su opinión sobre la posible violación del Convenio y el modo de resolver el asunto. Si aceptaba la demanda, la enviaba al Tribunal, pero sólo si el Estado había aceptado su jurisdicción. De no ser así, remitía el caso al Comité de Ministros. Éste aparecía como un órgano político que podía resolver los litigios emitiendo unas resoluciones cuasijurisdiccionales. En la práctica, no obstante, todos los países aceptaron la jurisdicción del Tribunal y las demandas –tanto de particulares como de Estados– se sometían a su examen tras superar el filtro de la Comisión de Derechos Humanos. Se consolidaba de este modo un sistema jurisdiccional de resolución de conflictos en el marco del Consejo de Europa.

El carácter facultativo del Tribunal, la necesaria intervención de dos órganos (la Comisión y el Tribunal o el Comité de Ministros), con el resultado de la imposibilidad de los particulares de interponer demandas de un modo directo ante el Tribunal, fueron algunas de las causas que motivaron la reforma del sistema jurisdiccional del Consejo de Europa. De las distintas modificaciones que han habido en este ámbito, la más reciente e importante ha sido la propiciada por el Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

Carrillo Salcedo¹ resume las novedades introducidas cuando afirma que

1 J.A. Carrillo Salcedo: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid, 2003, pp. 46 y 75. También en Idem: “El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿ha fracasado el Protocolo

en ese momento se instituye “un único órgano de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria, ante el que en las mismas condiciones que los Estados parte los particulares tienen legitimación activa para deducir demanda una vez agotadas todas las vías de recurso existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, a fin de que un órgano judicial, independiente e imparcial decida mediante sentencia vinculante si ha habido o no violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos”.

3. Las reformas introducidas por el Protocolo 14

3.1. Líneas generales

El protocolo 11 significó un hito en la evolución de la protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ofreció frutos de interés. Sin embargo, el paso del tiempo ha dado lugar a que sean necesarias nuevas reformas. Uno de los principales motivos ha consistido en el aumento progresivo de las demandas planteadas². No podemos olvidar que el

de enmienda número 11?”, en *Revista de Derecho Europeo*, 4 (2002), p. 592. En relación con la trascendencia que ha tenido este Protocolo, especialmente en el momento de su ratificación, cfr. G. Janssen-Pevtschin: “Le Protocole n° 11 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 20 (1994), pp. 483-500, que se centra particularmente en los antecedentes de esta enmienda. G. Rollnert Liern: “El Protocolo n° 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 14/15 (1996), pp. 239-255. A. Salado Osuna: “El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 21/3 (1994), pp. 943-965.

2 Se ofrecen algunas cifras ilustrativas: en 1990 se presentaron 5.270 demandas; en 1994 sufrió un incremento del 94%, registrándose 10.335; en 1998 fueron 18.164, y 34.546 en 2002. Así lo indica el Consejo de Europa en el “Rapport explicatif au Protocole n° 14 à la CEDH, amendant le système de contrôle de la Convention”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 2005, § 5, p. 156. El Grupo de Sabios añade que, en septiembre

Tribunal Europeo de Derechos Humanos extiende su jurisdicción actualmente sobre ochocientos millones de personas. Desde la caída del comunismo en los años 1989–1990 han accedido al ámbito del Consejo de Europa nuevos países que, al menos desde el punto de vista jurídico y político, arrastraban una historia reciente que no se mostraba del todo cercana a los postulados del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Junto a ello, algunos autores han detectado la difusión entre los juristas y los medios de comunicación de la idea errónea de que el Tribunal de Estrasburgo es una instancia más en el orden de recursos³. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se configura como una instancia judicial más en materia de derechos fundamentales. Más correctamente, su misión consiste en verificar si un Estado ha incumplido con su deber de respetar los derechos fundamentales recogidos en el Convenio de Roma. Por eso este tribunal es un remedio último y subsidiario. Para evitar la distorsión de esta función sería oportuno que se estudiara adecuadamente el verdadero sentido de su existencia en los distintos centros

de 2006, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenía 89.000 casos pendientes de resolver, como se puede comprobar en el en Doc. CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, *Final Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, in Human Rights Law Journal*, 27/5–8 (2006), § 27, p. 281. Analizan estas cifras C. Husson / N. Riou: “Statistiques et projections. L'évolution du nombre de requêtes présentées à Strasbourg: la CourEDH, victime de son succès?”, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 14/7–8 (2002), pp. 259–264.

- 3 Desarrollan estas cuestiones C. Grewe: “L'avenir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Réflexions à propos du colloque de Graz des 7 et 8 février 2003”, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 15/7–10, p. 253. L. Jimena Quesada: “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, 50/51 (2005), pp. 177–182 y 188–191. J.A. Pastor Ridruejo: “El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derecho Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 66 (2004), p. 148 y s. Cfr. J.A. Carrillo Salcedo: “El mecanismo de protección jurisdiccional...”, cit., p. 601.

de formación de juristas y otros profesionales relacionados con el Derecho. Sería prudente asimismo que los órganos jurisdiccionales nacionales se acostumbraran a invocar con más frecuencia, en aquellos casos que lo precisen, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Con ello el jurista podría apreciar que estas fuentes ya han sido empleadas, con lo que probablemente se evitaría que continuaran recurriendo. De un modo u otro, el resultado final de la conjunción de estos factores ha ofrecido como resultado que, en pocos años, el Tribunal se haya colapsado.

Fue en noviembre del año 2000 cuando el Comité de Ministros reunido en Roma propuso la reforma del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este proceso ha desembocado en la aprobación del Protocolo 14 en el año 2004⁴. No ha podido entrar en vigor hasta el 1 de junio de 2010 como

4 Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, de 13 de mayo de 2004, en <http://conventions.coe.int/treaty/>. Su texto en francés puede localizarse en la *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2005, p. 153 y ss. El texto, tal como lo ha ratificado España, lo encontramos en el Boletín Oficial del Estado, n. 130, de 28 de mayo de 2010. En relación con la génesis del Protocolo 14, sus etapas de preparación, y los motivos que han inspirado su redacción, cfr. la explicación que ofrece el Consejo de Europa, en su "Rapport explicatif au Protocole n° 14...", cit., §§ 1-47, pp. 156-159. Las distintas líneas de actuación propuestas para su reforma las ofrece de un modo conciso y claro, y con la correspondiente ponderación, J.A. Pastor Ridruejo: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma", en *Persona y Derecho*, 44 (2001), pp. 51-64. Idem: "El Protocolo número 14...", cit., p. 142 y s. J.A. Carrillo Salcedo: *El Convenio Europeo...*, cit., pp. 79-86. Idem: "El mecanismo de protección jurisdiccional...", cit., pp. 597-602. Cfr. M. Eaton / J. Schokkenbroek: "Reforming the human rights protection system established by the European Convention on Human Rights", en *Human Rights Law Journal*, 26/1-4 (2005), pp. 2-4. A. Gascón Marcén: *El Consejo de Europa en la encrucijada: alcace y límites de una organización internacional europea*. Real Instituto de Estudios Europeos. Zaragoza, 2008, p. 59 y s. P. Lambert: "Quelle réforme pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme?", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 52 (2002), pp. 795-805. L. Wildhaber: "Un avenir constitutionnel pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme?", en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 14/1-4 (2002), p. 1 y s.

consecuencia de la negativa de la Federación Rusa a ratificarlo. El retraso en su aplicación dio lugar a que algunos Estados parte decidieran aplicar provisionalmente dos de las medidas previstas en el Protocolo 14⁵. Se trató de la aceptación del juez único como órgano competente para la inadmisión de demandas infundadas, y el reconocimiento de la competencia del comité de tres jueces para pronunciarse sobre el fondo de asuntos sobre las que ya existiera jurisprudencia ya consolidada. Sobre estas cuestiones nos detendremos más adelante.

Por otra parte, el retraso aludido en la entrada en vigor del Protocolo no impidió que, mientras tanto, el propio Consejo de Europa encargara la elaboración de algunos estudios sobre este texto. De este modo, el Comité de Ministros encargó en el año 2005 a un Grupo de Sabios que ponderase la eficacia a largo plazo de este Protocolo⁶. Este Grupo, tras doce reuniones, presentó en noviembre de 2006 su Informe Final⁷. Éste fue objeto de un análisis

5 Se aprobaron estas medidas en la reunión del Comité de Ministros celebrada en Madrid en mayo de 2009. La formalización de la aplicación de estas medidas se llevó a cabo mediante la adopción del Protocolo 14-bis al Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 27 de mayo de 2009. Sobre estas cuestiones, vid. A. Queralt Jiménez: “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 36 (2010), p. 494 y s.

6 Esta decisión aparece dentro del Plan de Acción resultante de la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países pertenecientes al Consejo de Europa, celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005. El texto se puede consultar en la *Human Rights Law Journal*, 26/2005, p. 120 y ss.

7 El resultado del trabajo del Grupo de Sabios lo encontramos en el documento ya citado CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, *Final Report of the Group of Wise Persons...*, pp. 279–289, dirigido al Comité de Ministros. A este informe lo precedió otro anterior. Se trata del Doc. Sages(2006)05, *Interim Report of the Group of Wise Persons to the Comité of Ministres*, de 3 de mayo de 2006, en *Human Rights Law Journal*, 27/5–8, pp. 274–279. Las ideas principales de este Informe las expone el propio Presidente del Grupo de Sabios, G.C Rodríguez Iglesias, en “¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Las propuestas del

intergubernamental en enero de 2007 entre los Estados con participación en el Comité de Ministros. Asimismo, se han tenido en cuenta las propuestas de modificación del Protocolo 14 formuladas por Lord Wolf⁸. Más recientemente, la Presidencia de este Comité organizó un coloquio en San Marino durante los días 23 y 24 de mayo de 2007⁹. El texto del Protocolo ha sido objeto de análisis en otras ocasiones, como en la reunión de Defensores del Pueblo y el Comisionado Europeo de Derechos Humanos, celebrada en Atenas en abril de 2007¹⁰.

El Protocolo 14, en definitiva, no ha pretendido tanto transformar la estructura del sistema de control establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos –como sí hizo el Protocolo 11– como su funcionamiento. Para ello ha procurado dotar al Tribunal de los medios procesales y de la flexibilidad¹¹ necesarios como para resolver el creciente número de pleitos en un plazo razonable. Asimismo, la nueva reforma persigue que el órgano jurisdiccional pueda centrar su atención en los asuntos más importantes y que necesiten un examen más profundo¹². Se examinarán a continuación cuáles han sido los cambios más significativos introducidos por este Protocolo.

grupo de sabios”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 22 (2007), pp. 177–185. Una valoración del trabajo desarrollado por este Grupo de Sabios la ofrece F. Benoît-Rohmer: “Les Sages et la réforme de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 73 (2008), pp. 3–24.

8 Lord Woolf: “Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, 26 (2006), pp. 447–464.

9 Consejo de Europa: *Applying and supervising the ECHR. Future developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons Report. San Marino, 22–23 March 2007. Proceedings*. Estrasburgo, 2007.

10 Ha dado lugar a los documentos incorporados en la serie CommDH/Omb–NHRI(2007). Pueden consultarse en <http://www.coe.int/t/Commissioner>.

11 En relación con el logro de una mayor flexibilidad del sistema judicial del Consejo de Europa, cfr. el informe final del Grupo de Sabios, Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., §§ 44–50, p. 282 y s.

12 Consejo de Europa: “Rapport explicatif au Protocole n° 14...”, cit., § 35, p. 160.

3.2. Aspectos más relevantes de la reforma

Entre las medidas¹³ incorporadas con los fines indicados en el epígrafe anterior se encuentran los filtros¹⁴ a la admisión de las demandas. Se respeta el derecho de los particulares a interponerlas ante el Tribunal de Estrasburgo,

13 En relación con las tres modificaciones principales a que se alude en el texto, cfr. M. Eaton / J. Schokkenbroek: “Reforming the human rights protection system...”, cit., pp. 1–10. Ph. Leach: “Access to the European Court of Human Rights. From a legal entitlement to a lottery?”, en *Human Rights Law Journal*, 27/1–4 (2006), pp. 17–19. F. Benoît-Rohmer: “Les Sages et la réforme...”, cit., p. 10 y ss. E. Roucouas: “Observations sur le rapport du groupe des sages mis en place par le Conseil de l’Europe pour étudier le mécanisme de contrôle de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Droits Fondamentaux*, 6 (2006), p. 3 y s., en www.droits-fondamentaux.org. L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme” du système de protection de la Conventions Européenne des Droits de l’Homme”, en *Annuaire Français de Droit International*, 49 (2003), p. 611 y ss, especialmente pp. 621–630. Idem: “L’objectif primordial du Protocole n° 14 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme: alléger la charge de travail de la Cour”, en G. Cohen-Jonathan / J.F. Flauss (Dir.): *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*. Bruylant. Bruselas, 2005, p. 61 y ss.

14 En relación con el derecho a presentar recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el establecimiento de estas medidas que pueden limitar su ejercicio, cfr. C. Grewe: “L’avenir de la Cour Européenne des Droits de l’Homme...”, cit., p. 252. P. Wachsmann: “Droit de recours individuel et protection de la fonction jurisprudentielle de la Cour”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 14/7–8 (2002), pp. 309–312, donde analiza la posible lesión del derecho a recurrir. No podemos olvidar que el derecho individual a presentar demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha considerado como “the cornerstone of the Convention and it should be remain so”, como indica la Asamblea Parlamentaria (Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos): Documento 9200, *Structures, procedures and jeans of the European Court of Human Rights*, de 17 de septiembre de 2001, § 49. El Grupo de Sabios ha entendido también que “the right of individual application [...] is the most distinctive feature of this control mechanism”, en el Doc. Sages(2006)05, *Interim Report of the Group of Wise Persons to the Comité of Ministres*, cit., § 17, p. 275. Cfr. El informe final de dicho Grupo, Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., §§ 51–65, p. 283 y s.

pero eso no significa que hayan de admitirse en todo caso. Se establecen para ello tres mecanismos de control. El primero consiste en que el nuevo Protocolo advierte que no se admitirán si el recurrente no ha sufrido un perjuicio importante¹⁵. Por otra parte, se incorpora la figura del “juez único” con el fin de examinar el fundamento de las demandas recibidas y la posibilidad de declararlas inadmisibles¹⁶. Como tercer mecanismo introducido por el Protocolo 14 aparecen los Comités de tres jueces¹⁷. Su función consiste en resolver de un modo rápido las denominadas “demandas clónicas”¹⁸, es decir, aquéllas de carácter repetitivo o del todo semejantes. A estos efectos están facultados tanto para declarar inadmisibile una demanda, como para considerarla admisible y pronunciarse al mismo tiempo sobre el fondo de la cuestión cuando haya jurisprudencia sentada sobre ese asunto.

Se encuentran relacionadas con esta última cuestión indicada las denominadas “sentencias piloto”¹⁹. El propio Tribunal de Estrasburgo, reunido en Gran Sala, ha explicado su significado en la sentencia del caso Broniowski contra Polonia²⁰. Se trata de sentencias en que resuelve litigios que provienen

15 Artículo 35.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la reforma introducida por el artículo 12 del Protocolo 14.

16 Artículo 27 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el artículo 7 del Protocolo 14. Parece ciertamente necesario un filtro para estas demandas manifiestamente inaceptables que componen un total del 85% de las recibidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

17 Artículo 28 del Protocolo 14, que modifica el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

18 Según las califica J.A. Pastor Ridruejo en “El Protocolo número 14...”, cit., p. 145.

19 Cfr. E. Lambert-Abdelgawad: “Le Protocole 14 et l’exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en G. Cohen-Jonathan / J.F. Flauss (Dir.): La réforme du système de contrôle contentieux..., cit., pp. 95-103. E. Lambert Abdelgawad: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo...”, en Revista de Derecho Político, 69 (2007), pp. 355 y ss. E. Roucouas: “Observations sur...”, cit., p.14 y s. A. Queralt Jiménez: “La protección de derechos...”, cit., p. 502 y s.

20 Fechada el 28 de septiembre de 2005, §§ 34 y 35. Según el § 34, las sentencias piloto se

de problemas estructurales del orden jurídico nacional. Precisamente por ese motivo el problema en cuestión afecta a quien demanda, pero es susceptible de extenderse a otros casos semejantes. Con ello se favorece que se presenten ante el Tribunal de Estrasburgo “casos repetitivos”. El objeto de estas senten-

dictan “on the merits of the case in which it held that the violation of the applicant’s Convention right originated in a widespread, systemic problem as a consequence of which a whole class of persons had been adversely affected [...] The Court thereby made clear that general measures at national level were called for in execution of the judgment and that those measures must take into account the many people affected and remedy the systemic defect underlying the Court’s finding of a violation. It also observed that they should include a scheme offering to those affected redress for the Convention violation. It stressed that once such a defect has been identified, it falls to the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers, to take, retroactively if appropriate, the necessary remedial measures in accordance with the subsidiary character of the Convention”. Su § 35 explica expresamente: “The object in designating the principal judgment as a ‘pilot judgment’ was to facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction affecting the protection of the right of property in the national [...] legal order. One of the relevant factors considered by the Court was the growing threat to the Convention system and to the Court’s ability to handle its ever increasing caseload that resulted from large numbers of repetitive cases deriving from, among other things, the same structural or systemic problem (see Broniowski, cited above). Indeed, the pilot judgment procedure is primarily designed to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned the Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering to them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the Court which would otherwise have to take to judgment large numbers of applications similar in substance. It will be recalled that, in the pilot judgment in Mr. Broniowski’s application, the Court, after finding a violation, also adjourned its consideration of applications deriving from the same general cause ‘pending the implementation of the relevant general measures’”. En relación con esta sentencia, cfr. F. Benoît-Rohmer: “Les Sages et la réforme...”, cit., 16 y s. E. Lambert Abdelgawad: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto...”, cit., pp. 355 y ss.

cias es facilitar una rápida y efectiva resolución de este tipo de asuntos y, al mismo tiempo, aligerar de trabajo al Tribunal puesto que, de otro modo, debería resolver un amplio número de demandas coincidentes en su contenido²¹.

Las características y efectos de esta modalidad de sentencias ha dado lugar a que, con ocasión de la aprobación del Protocolo 14, tanto instituciones como doctrina hayan fomentado su impulso. En este sentido, Lord Wolf sostenía en su informe²² que el Tribunal debería conceder a estas sentencias un mayor protagonismo. Sería útil que las empleara más y, después, resolviera de un modo expeditivo los casos relacionados con ellas. Muy probablemente, como puede fácilmente deducirse de cuanto se ha expuesto hasta ahora, a esta tarea estén llamados en un futuro los Comités de tres jueces.

Hay quien ha advertido²³, no obstante, que el empleo reiterado de esta nueva modalidad de sentencias por parte del Tribunal de Estrasburgo podría acabar transformándolo en un Tribunal centrado en algunos asuntos primordiales. Su resolución serviría de guía para los órganos jurisdiccionales nacionales. El nivel de protección de los derechos fundamentales no debería

21 Grupo de Sabios: Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., §§ 100-105, p. 286. El Comité de Ministros recomienda que, una vez que el Tribunal ha localizado el problema estructural y ha pronunciado la correspondiente "sentencia piloto", el Estado debería establecer los mecanismos internos adecuados para resolver ese asunto en el propio país, evitando así la sobrecarga de trabajo en Estrasburgo. En el § 13 de la Recomendación (2004)6 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre la mejora de los recursos internos, de 12 de mayo de 2004, se indica lo siguiente: "après qu'un arrêt de la Cour révèle des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'Etat ('arrêt pilote') a été rendu et que de nombreuses requêtes concernant la même problème ('affaires répétitives') sont pendantes ou susceptibles d'être introduites devant la Cour, l'Etat défendeur devrait s'assurer que les requérants potentiels disposent d'un recours effectif leur permettant de s'adresser à une autorité nationale compétente, recours qui pourrait être également utilisé par les requérants actuels. Un tel recours rapide et efficace leur permettrait d'obtenir réparation déjà au niveau interne, conformément au principe de subsidiarité du système de la Convention".

22 Lord Woolf: "Review of the Working Methods...", cit., § 4.9, p. 459.

23 E. Lambert Abdelgawad: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos...", cit., p. 381.

resultar disminuido como consecuencia de este hecho, siempre que las autoridades nacionales se dejen iluminar por la luz que brilla en Estrasburgo. Esta puede ser una advertencia interesante, sobre todo en relación con los países de más reciente incorporación.

Es interesante mencionar, por otra parte, que el Grupo de Sabios propuso²⁴, aun sin recepción en el articulado del Protocolo, la creación de un Comité judicial agregado al Tribunal, pero distinto de éste. Se habría encargado de conocer los recursos que plantearan problemas de admisibilidad, así como de cualquier asunto susceptible de ser declarado manifiestamente bien fundado o, al contrario, carente de fundamento sobre la base de una jurisprudencia bien establecida del Tribunal. En los casos en que fuera competente para resolver el fondo de los asuntos, procedería con las mismas competencias que el Tribunal.

Junto a estas previsiones tendentes, como se ha explicado, a solucionar la sobrecarga de trabajo del Tribunal, el Protocolo 14 se preocupa por regular unos mecanismos que tienen por objeto principal garantizar en un mayor grado los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Encontramos²⁵, dentro de este conjunto, la aceptación del ingreso de la Unión Europea²⁶. Este proceso se ha culminado con la entrada en vigor del Tratado

24 Grupo de Sabios, Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., §§ 51–65, pp. 283 y s. Sobre este

Comité Judicial, cfr. G.C. Rodríguez Iglesias: “¿Qué hacer para asegurar...”, cit., p. 182 y s.

25 Nos referimos a las que indica L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme”...”, cit., p. 630.

26 Es previsible que aparezcan, al menos en los momentos iniciales, algunos conflictos entre los órganos jurisdiccionales de Luxemburgo y de Estrasburgo, y el seguimiento de sus jurisprudencias. Sobre ello cfr. F. Krenc: “La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 57 (2004), pp. 111–140. A. Queralt Jiménez: “La protección de derechos...”, cit., pp. 510–517. S. Sanz Caballero: “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17 (2004), pp. 117–158. L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme”...”, cit., p. 633 y s. L. Wildhaber: “Un avenir constitutionnel...”, cit., particularmente p. 5. En relación con la repercusión de esta situación sobre los Estados, cfr. A. Bultrini: “La responsabilité des États membres de

de Lisboa el 1 de diciembre de 2009²⁷. Modifica, entre otros, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Su segundo párrafo indica expresamente que "La Unión adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados". Para facilitar este ingreso, el propio Protocolo 14 había modificado el artículo 59 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los siguientes términos: "la Unión Europea podrá adherir al presente Convenio".

Otro de los nuevos mecanismos de garantía es el que se refiere a la ejecución de las sentencias²⁸. A estos efectos, el Protocolo 14 modifica el artículo

l'Union Européenne pour les violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme imputables au système communautaire", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 49 (2002), pp. 5-43.

27 El Tratado de Lisboa fue aprobado anteriormente, en concreto, el 13 de diciembre de 2007. Su texto íntegro se encuentra publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C306, de 17 de diciembre de 2007.

28 Con esta modificación pretende perfeccionarse un sistema que había sido objeto de críticas y recomendaciones, como puede apreciarse en: Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Doc. 11020, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights*, de 18 de septiembre de 2006. Idem: Recomendación 1516 (2006), *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights*, de 2 de octubre de 2006. Idem: Recomendación 1764 (2006), *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights*, de 2 de octubre de 2006. Comité de Ministros del Consejo de Europa: Documento EG Court (2001)1, *Report of the Evaluation Group to the Comité of ministers on the European Court of Human Rights*, de 27 de septiembre de 2001, §§ 48-53, en *Human Rights Law Journal*, 22/5-8 (2001), pp. 320 y s. Idem: Declaración *Garantir l'efficacité à long terme de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, de 8 de noviembre de 2001. Idem: Declaración *La Cour des Droits de l'Homme pour l'Europe*, de 7 de noviembre de 2002. Sobre estas cuestiones, cfr. P. Boillat: "Vers une mise en ouvre renforcée de la Convention Européenne des Droits de l'Homme au niveau national", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 77 (2009), pp. 17-26. A. Gascón Marcén: *El Consejo de Europa...*, cit., p. 61 y s. E. Lambert: "La pratique récente de réparation des violations de la Convention Européenne de Sauvgarde des Droits de l'Homme et

46 del Convenio asegurando que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que sean partes. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. Se prevén, asimismo, medidas sancionadoras frente a los Estados que no acaten una sentencia definitiva.

Podemos indicar, como último conjunto de medidas tendentes a garantizar los derechos fundamentales, el refuerzo del Comisionado de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, así como la modificación –más bien leve– de los acuerdos amistosos. El Grupo de Sabios ha unido las dos últimas cuestiones dentro de un mismo grupo. En efecto, ha clasificado por conjuntos las reformas introducidas por el Protocolo 14. Uno de ellos, como se acaba de indicar, es el que se refiere a las medidas “concerning alternative (non-judicial) or complementary means of resolving disputes”²⁹.

des Libertés Fondamentales: *plaidoyer pour la préservation d'un aquis remarquable*”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 42 (2000), pp. 199–227. Idem: “L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (2008)”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 79 (2009), pp. 651–682. A. Queralt Jiménez: “La protección de derechos...”, cit., pp. 507–510. M. Revenga Sánchez: “En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma?”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 12 (2004), pp. 521–538, centrándose en las pp. 524–529 en el planteamiento que ofrecen a esta cuestión el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de España. S. Ripol Carulla: “La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 28 (2008), pp. 475–495. L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme”...”, cit., pp. 634–640. Sobre esta misma temática, ofreciendo mayor interés por la situación en Italia, cfr. A. Guazzarotti: “La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisdizionali e nuove esigenze teoriche”, en *Quaderni Costituzionali*, 2006/3, pp. 491–505.

29 §§ 106–113 del Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., p. 286 y s. A su vez, esta rúbrica está incorporada en “II. The proposed reform measures”. Esta clasificación es acogida en Consejo de Europa: *Applying and supervising the ECHR. Future developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons Report*, cit., p. 66 y ss.

Este último conjunto de medidas ha gozado de amplia aceptación. Ejemplo de ello es no sólo la buena recepción que han recibido por parte del ya mencionado Grupo de Sabios, sino también en el informe de Lord Wolf³⁰. En él recomendaba una mayor utilización de estos mecanismos como cauce para contribuir a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lograra trabajar con una mayor eficacia. Fijaremos la atención en la función que adquiere el Comisionado Europeo de Derechos Humanos por tratarse de una institución diferente del Tribunal y que encuentra reforzada su capacidad de colaboración con éste.

4. Las funciones del Comisionado europeo de Derechos Humanos en la resolución de conflictos

El Comisionado Europeo de Derechos Humanos fue creado por resolución del Comité de Ministros en 1999³¹. Se configura como una institución de carácter no jurisdiccional, independiente e imparcial, que tiene como función el desarrollo de la educación y respeto de los Derechos Humanos³². Para ello colaborará con las demás instituciones del Consejo de Europa y de cuantas se encargan de la defensa de los derechos fundamentales en cada Estado³³. Él mismo se define³⁴ como un “puente”

30 Lord Woolf: “Review of the Working Methods...”, cit., §§ 4.4–4.9, pp. 457–459. Denomina a estos mecanismos de resolución de conflictos “ADR”, es decir, “Alternative Dispute Resolution”.

31 Resolución 99 (50), adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1999. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había señalado la urgencia de crear esta institución en distintas opiniones, como se observa en la opinión n. 210 (1999), de 29 de enero de 1999, § 5.

32 Artículo 1.1 de la resolución 99 (50).

33 Artículo 3 de la resolución 99 (50).

34 Comisionado Europeo de Derechos Humanos: documento CommDH/Speech(2008)9, *Colloquy Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights (ECHR) at national level*, pronunciada en Estocolmo los días 8–9 de junio de 2008. Enfatiza en los §§ I y II la función preventiva de su actividad desde el momento

entre el Consejo de Europa y sus Estados miembro. Pretende ayudar a las autoridades nacionales a adoptar soluciones en el ámbito de los derechos humanos de modo que se asegure la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los demás instrumentos del Consejo de Europa encargados de salvaguardar estos derechos. Hasta ahora había revestido un carácter fundamentalmente político, con unas actividades que adquirirían la forma de recomendaciones, opiniones e informes³⁵. Se trata de una de las instituciones que aparecen reforzadas en el Protocolo 14, tal como se expondrá a continuación.

El nuevo artículo 36.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras la nueva redacción ofrecida por este Protocolo, prevé nuevas funciones. Se trata, concretamente, de la posibilidad de formular observaciones en todos los casos sustanciados en una de las Salas o en la Gran Sala, e intervenir en las audiencias³⁶. Con esta medida se trascienden las funciones habituales de esta institución.

Antes de examinar en qué consisten estas facultades que le otorga el Protocolo 14, resulta interesante indicar que su capacidad de actuación podría haber mostrado un alcance mayor. En este sentido, durante la elaboración de este texto, el mismo Comisionado Europeo para los Derechos Humanos propuso³⁷ que se ampliaran sus funciones. Sugirió que se le permitieran presentar al Tribunal demandas contra una o más Altas Partes contratantes en casos de violaciones graves y generales de los derechos humanos. En un principio esta

en que puede detectar violaciones de los derechos humanos en un determinado país y advertir a sus autoridades con el fin de que intervengan. Asimismo, puede ayudar a esas autoridades en el desarrollo de esa actividad.

35 Artículo 8 de la resolución 99 (50).

36 “Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux Droits de l’Homme du Conseil de l’Europe peut presenter des observations écrites et prendre part aux audiences”.

37 Doc. CDDH–GDR(2003)027, de 24 de septiembre de 2003, *Applications to the european Court of Human Rights by the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Proposals of the Commissioner*.

iniciativa encontró el respaldo de la Asamblea Parlamentaria. Ésta propuso³⁸, analizando el borrador del Protocolo, que se incluyera la posibilidad de denunciar estos hechos porque la simple posibilidad de presentar comentarios o intervenir en las audiencias era un mecanismo escaso para la adecuada protección de los derechos humanos. Más concretamente, recomendó³⁹ al Comité de Ministros que valorase la oportunidad de reconocerle la titularidad de una *actio popularis*. Su ejercicio le correspondería, según esa iniciativa, al Comisionado, a quien la Asamblea adjudicó la función de *public prosecutor*⁴⁰,

38 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Opinión n. 251(2004), *Opinion on Draft Protocol No. 14 to the ECHR*, adoptada el 28 de abril de 2004, § 13. En el § 14.vii indicaba más en concreto los términos que había de recibir el artículo 14 del borrador del Protocolo. Aconsejaba añadir un cuarto párrafo con este contenido: “The Council of Europe Commissioner for Human Rights may bring before the Court cases of alleged mass violations of human rights”.

39 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Recomendación 1606 (2003), de 23 de junio de 2003, § 10. Idem: Recomendación 1640(2004), de 26 de enero de 2004, § 7.

40 El Comisionado no ha estado plenamente de acuerdo con la designación de *public prosecutor* porque ofrece la falsa impresión de que su actividad queda circunscrita al concreto ámbito criminal. Considera preferibles otras denominaciones como *advocate general*, tal como se utiliza en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o *attorney general*, propio de la tradición de *common Law*. Así lo indica la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: doc. 10024, *3rd Annual Report on the Activities of the Council of Europe Commissioner for Human Rights (1 January–31 December 2002)*, de 18 de diciembre de 2003, § 42. Cabe indicar que, teniendo en cuenta la independencia y autoridad del Comisario, J.A. Pastor Ridruejo en “El Protocolo número 14...”, cit., p. 146, ha entendido que su intervención es semejante a la que en el Tribunal de la Unión Europea realizan los abogados generales. En relación con las funciones correspondientes a los *public prosecutors*, indicando en algún momento su deslinde con las de los Defensores del Pueblo, cfr. Comisionado Europeo de Derechos Humanos: documento CommDH/Speech(2008)11, *The role of public prosecution in the protection of human rights and public interests outside the criminal law field*. San Petersburgo, 1-3 de julio de 2008. Sobre estas cuestiones, cfr. J.F. Flauss: “La réforme de la réforme. Propos conclusifs sous forme d’opinion séparée”, en G. Cohen-Jonathan / J.F. Flauss (Dir.): *La réforme*

“who would have the task of bringing actions concerning violations of human rights before the Court”⁴¹.

Esta propuesta, empero, se rechazó por diversos motivos⁴² y actualmente sigue sin figurar en el articulado del Protocolo 14. Una de las causas fue que se apreciaba un riesgo de desequilibrio institucional en el seno del Consejo de Europa. Además, parecía convertirse al Comisionado en una suerte de fiscal del Consejo en el ámbito de los derechos humanos, de tal manera que se le permitiría presentar al Tribunal una serie de problemas que, con frecuencia, mostraban connotaciones políticas. Dicho de otro modo, el Comisionado podría acabar sustituyendo a los Estados en aquellas ocasiones en que éstos dudaran, por motivos políticos, de presentar un recurso en aplicación del artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Más recientemente, el Grupo de Sabios⁴³, en el momento de informar al Comité de Ministros sobre el contenido del mencionado Protocolo, sugirió que se fortaleciera la relación del Comisionado con el Tribunal. Afirmaba, en concreto, que “the Commissioner should respond actively to information resulting from Court decisions finding serious violations of human rights. Close and flexible co-operation should be established with the Court Registry in this connection”.

Resumiendo lo expuesto hasta este momento, se constata que se han aumentado las posibilidades de actuación del Comisionado Europeo, pero no tanto como podrían haberse desarrollado. Finalmente se ha aceptado su posibilidad de intervención en los juicios en los términos indicados. Es cierto que esta colaboración puede resultar útil. Hemos de tener presente⁴⁴ que el Comisionado, partiendo de su experiencia, podrá ofrecer al Tribunal un útil criterio que le ayude a resolver adecuadamente los litigios. En este sentido,

du système de contrôle contentieux..., cit., p. 173 y s.

41 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Recomendación 1606 (2003), de 23 de junio de 2003, § 10.

42 L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme”...”, cit., p. 631.

43 Doc. Sages (2006)05, *Interim report...*, cit., § 43, p. 277. Se expresa en términos semejantes en el informe final, Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., § 110, p. 286.

44 Consejo de Europa: “Rapport explicatif au Protocole n° 14 à la CEDH...”, cit., § 87, p. 164.

la colaboración del Comisionado europeo con los Defensores del Pueblo de los Estados miembro puede resultar particularmente interesante⁴⁵ a efectos

45 Doc. Sages (2006)05, *Interim report...*, cit., §§ 46-49. Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., §§ 111-113, p. 286 y s. Así se afirma también en el Informe del Grupo de Trabajo I aprobado en la reunión de la 10ª *Round Table of European Ombudsmen and the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, reunidos en Atenas los días 12 y 13 de abril de 2007, § 3, Doc. CommDH/Omb-NHRI(2007)13. También la Asamblea Parlamentaria ha valorado positivamente estas reuniones, como se aprecia en la Recomendación 1640(2004), de 26 de enero de 2004, § 3. Así lo hace, por su parte, el Comisionado Europeo en Consejo de Europa: *Applying and supervising the ECHR...*, cit., p. 69 y s. Cfr. la valoración de M. Lezueta: "Ombudsmen and NHRIs Indirect sources of information for European Court of Human Rights via the commissioner for Human Rights", en la 10ª *Round Table of European Ombudsmen and the Council of Europe Commissioner for Human Rights with the special participation of national human rights institutions*. Atenas, 12-13 abril de 2007, Doc. CommDH/Omb-NHRI(2007)12. Por parte de los Defensores del Pueblo estatales, la iniciativa de colaborar con el Comisionado del Consejo de Europa se ha valorado con interés, como se deriva de las intervenciones realizadas dentro del Grupo de Trabajo II, en la misma mesa redonda indicada en esta misma nota, § 4. No obstante, algunos de los participantes indicaron que, a pesar de su favor por esta iniciativa, la encontrarían dificultada en sus países como consecuencia de la prohibición que existe en algunos de ellos de guardar secreto de algunos datos. Esto sucede especialmente en relación con los casos que encuentran su solución a través de la mediación del Ombudsman y que requieren una particular confidencialidad. La necesidad de esta comunicación entre el Comisionado y los Defensores del Pueblo nacionales la recoge el primero en las conclusiones a la mesa redonda citada. Cfr. Comisionado Europeo de Derechos Humanos: documento CommDH/Speech(2008)9, cit., § III. Idem: doc. CommDH/Speech(2006)9, *Implementation of human rights in Europe*. Viena, 13 de junio de 2006. Cfr. asimismo Idem: "Implementing human rights and the rule of Law in Europe: the co-operation between Ombudsmen, National Human Rights Institutions and the Council of Europe Commissioner for Human Rights", aprobado en la 10ª *Round Table of European Ombudsmen and the Council of Europe Commissioner for Human Rights with the special participation of national human rights institutions*. Atenas, 12-13 abril de 2007, Doc. CommDH/Omb-NHRI(2007)7.

de permitir llegar las distintas orientaciones nacionales al Tribunal, sobre todo cuando se están redactando sentencias que sientan principios generales o “sentencias piloto”⁴⁶. El mismo Comisionado entiende que la información ofrecida por los *Ombudsmen* nacionales⁴⁷ también puede ser útil en el desarrollo de las relaciones institucionales con el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria.

Por su parte, el Grupo de Sabios⁴⁸ considera que la relación entre el Comisionado Europeo y los Defensores del Pueblo nacionales puede contribuir a aligerar la carga de trabajo del Tribunal, aunque sea de una manera un tanto indirecta. Ese contacto frecuente contribuirá a que todos ellos identifiquen de un modo más rápido y preciso los riesgos de vulneración de los derechos. De este modo facilitarán que los Estados adopten los mecanismos idóneos para salvaguardarlos, con lo que se presentarían menos demandas en Estrasburgo. A su vez, el Comisionado Europeo podría conocer de una forma más próxima la situación de cada Estado. Esto le permitiría colaborar con cada uno de ellos a los efectos de agilizar la conclusión de un acuerdo amistoso entre las partes en litigio⁴⁹. Dicho de otro modo, se impulsa la función mediadora del

46 Según afirma el mismo Comisionado en Consejo de Europa: *Applying and supervising the ECHR...*, cit., p. 69 y s. El Comisionado Europeo subraya que el retraso en la resolución de los conflictos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos da lugar a la reproducción de casos repetitivos y, en último término, desemboca en un riesgo para los derechos humanos: “It has been noted in several cases that delays in taking general measures or the inadequacy of the measures adopted have given rise to repetitive applications, which in turn lead to an unnecessary and excessive caseload for the Court. This could in the long term have a negative impact on human rights protection and the Commissioner cannot simply ignore this situation”. Así lo expresa en el tercer informe anual correspondiente al año 2002, cuya referencia es Asamblea Parlamentaria: doc. 9916, *3rd. Annual Report (January to December 2002)*, de 19 de septiembre de 2003, p. 22.

47 Lo declara en Consejo de Europa: *Applying and supervising the ECHR...*, cit., p. 69.

48 Doc. Sages (2006)05, *Interim report...*, cit., §§ 48–50. Doc. CM(2006)203, *Final Report...*, cit., § 113, p. 287. Lo recuerda también el Presidente de este grupo en G.C. Rodríguez Iglesias: “¿Qué hacer para asegurar...”, cit., p. 182.

49 En el Doc. Sages (2006)05, *Interim report...*, cit., § 49, p. 278, el Grupo de Sabios afirmaba

Comisionado. Cabe indicar que no se trata de una experiencia del todo nueva. Baste recordar que el Defensor del Pueblo del ámbito de la Unión Europea⁵⁰ mantiene constante relación con sus homólogos de los Estados miembro, así como de los aspirantes.

El Reglamento del Tribunal deberá establecer el modo concreto en que se aplique esta facultad del Comisionado⁵¹, si bien parece claro⁵², por la redacción del artículo que esa intervención constituye un verdadero derecho que puede ejercer en cualquier momento del proceso sin tener que pedir previa autorización al Presidente del Tribunal. La Asamblea Parlamentaria⁵³ sugería que incluso se le concediera la categoría de parte en aquellos procesos en que fuera oportuno.

Estamos, como puede apreciarse, no tanto ante un modo de resolver extrajurisdiccionalmente los litigios, como en presencia de un instrumento de carácter complementario. Es cierto que su intervención en el Tribunal, así como el contacto con los *Ombudsmen* nacionales puede contribuir a fortalecer la comprensión y respeto de los derechos humanos. Con ello se presentarían menos demandas ante los distintos tribunales, incluido el de Estrasburgo. Pero no es tanto un mecanismo destinado a resolver conflictos, como a evitar que surjan, lo que sin duda es igualmente meritorio.

que “in co-operation with the Court Registry, the Commissioner could encourage each member State to establish the necessary facilities to enable alleged victims of violations of the Convention to reach friendly settlements of their cases through mediation provided by experience mediators”.

50 Cfr. A. González-Varas Ibañez: “El Defensor del Pueblo europeo y los conflictos competenciales con las instituciones afines”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, nº 31 (mayo-agosto 2002), pp. 203-224.

51 Consejo de Europa: “Rapport explicatif au Protocole nº 14 à la CEDH...”, cit., § 88, p. 164.

52 L.A. Sicilianos: “La “réforme de la réforme”...”, cit., p. 631 y s.

53 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: doc. 10024, *3rd Annual Report on the Activities of the Council of Europe Commissioner for Human Rights (1 January-31 December 2002)*, de 18 de diciembre de 2003, § 43.

5. Conclusiones

I. Se constata que, tras la aprobación del Protocolo 11, el volumen de trabajo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aumentado de modo exponencial. Con el fin de agilizar su trabajo se ha aprobado el Protocolo 14. Hace poco tiempo que ha entrado en vigor, por lo que aún es pronto para valorar su resultado y observar si ha cumplido con las expectativas depositadas en él. No obstante, parece que el consejo de Europa ha dado los pasos más acertados. La difundida –y errónea– opinión de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se configura prácticamente como una instancia más en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, así como la presentación de demandas con pretensiones parecidas, y que el origen de éstas se encuentra –en un amplio porcentaje– en unos países determinados con un sistema legal o político que provoca que surjan esos casos, hace oportuno que se adopten medidas como las presentadas por el Protocolo 14. En efecto, los filtros para la admisión de demandas y la importante función que están llamados a desempeñar en este sentido los “jueces únicos”, la creación de las Comisiones de tres jueces, y la posibilidad de utilizar sentencias ejemplares para solucionar casos posteriores semejantes, pueden ayudar a agilizar la Justicia del Consejo de Europa. La efectividad de esta jurisdicción también se encontrará aumentada con la necesidad de que las sentencias de Estrasburgo se ejecuten debidamente en cada Estado.

II. Por su parte, el Comisionado Europeo de Derechos Humanos mantiene su carácter no jurisdiccional. Sin embargo, se le permite formular observaciones e intervenir en las audiencias de los procesos que se sustancien en Estrasburgo. Es cierto que el Comisionado no podrá resolver casos, pero sus nuevas facultades pueden reportar resultados positivos. Facilitará, con probabilidad, un adecuado intercambio de impresiones entre el Tribunal y los Estados sobre la interpretación y adecuada salvaguardia de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A su vez, puede contribuir a la consecución de los acuerdos amistosos entre las partes, haciendo llegar a los Estados información sobre la correcta interpretación de los derechos fundamentales. Se trata de unas funciones meritorias que, dado su carácter general y eminentemente informativo o difusor de conceptos generales sobre

los derechos fundamentales, no se observará con claridad su influencia hasta que haya transcurrido un tiempo más amplio. Atendidas las características de sus funciones en el proceso, se configura en este ámbito como un medio complementario de resolución de conflictos.

La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Fernando Arlettaz

Abogado por la Universidad Católica Argentina (Argentina). Diploma de Estudios Avanzados en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad de Zaragoza (España). Investigador del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU), Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza (España).

Resumen: El presente trabajo analiza la libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos, a partir de lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comienza con la exposición de los preceptos jurídicos relativos a la materia y de sus relaciones recíprocas, así como del contexto general de su adopción. Analiza la interpretación que de esos preceptos han realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dedicó luego dos apartados al estudio de problemáticas específicas: la igualdad religiosa y las restricciones legítimas a la libertad religiosa. El artículo aborda finalmente un ámbito particular de aplicación del derecho, como es el de los grupos indígenas.

Palabras clave: Libertad religiosa; sistema interamericano de derechos humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Abstract: This paper aims to study freedom of religion in the Inter-American system of human rights as established in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights. First, it states the legal rules concerning the matter, their reciprocal relations and the context of their adoption. Then, it analyzes the interpretation given by the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. Two sections are devoted to specific problems: religious equality and legitimate restrictions to freedom of religion. Finally, the article deals with a special aspect of the right: its application to indigenous groups.

Keywords: Freedom of religion; Inter-American system of human rights; American Convention on Human Rights; American Declaration of the Rights and Duties of Man.

Artículo recibido: 07/07/2011 Aprobado 15/09/2011

Sumario

1. La libertad religiosa en los principales instrumentos del sistema interamericano
2. La interpretación de la Declaración y la Convención
3. Igualdad religiosa
4. Las restricciones a la libertad religiosa
5. Libertad religiosa y derechos de las comunidades aborígenes
6. Breves conclusiones
7. Bibliografía

1. La libertad religiosa en los principales instrumentos del sistema interamericano

Como es sabido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a partir de ahora, la Declaración) fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948. A pesar de que se trata de una Declaración, y no de un Tratado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora, la Corte) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora, la Comisión) han interpretado que es fuente de obligaciones de derecho internacional para los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹.

1 Corte IDH: *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva 10/89 (14/07/1989), párrafos 35–45. Comisión IDH: *Caso 9647 James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos)*, informe 3/87 (22/08/1987), párrafos 46–49. Comisión IDH: *Informe anual 2000*, capítulo II, párrafos 3–6. Comisión IDH: *Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra (Estados Unidos de América)*, informe 51/01 (04/04/2001), párrafo 171. Véase también el artículo 20 del Estatuto de la Comisión.

En la misma Conferencia Internacional fueron adoptados la Carta de la OEA y otros importantes instrumentos. La Carta hace una enunciación genérica, en el artículo 3 inciso 1, en el sentido de que los Estados parte reconocen los derechos humanos fundamentales (sin especificar cuáles son) y que se comprometen a respetarlos sin discriminación, entre otros motivos, por razón de credo. La Declaración, por su parte, contiene una disposición específica en la materia que nos interesa en su artículo III:

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Por otro lado, en el artículo II se establecen la igualdad ante la ley y la no discriminación en el goce de los derechos reconocidos en la Declaración sin discriminación, entre otros motivos, por razón del credo.

Como es también conocido, en 1969, una nueva Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se reunió en San José de Costa Rica y adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a partir de ahora, la Convención), que entró en vigor en 1978. La Convención se refiere a la libertad religiosa en su artículo 12:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Al igual que la Declaración, la Convención establece el principio de no discriminación en el goce de los derechos por ella reconocidos en su artículo 1.1. Aunque la terminología es distinta (la Carta de la OEA y la Declaración se refieren a la no discriminación por razón de *credo*, la Convención, por razón de *religión*), el contenido es el mismo: se prohíbe la discriminación en el goce de los derechos fundamentales reconocidos, por razón de las convicciones religiosas de la persona. El artículo 24, por su parte, dispone la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley.

Desde luego, la Convención sólo obliga a los Estados que sean parte en la misma. Quienes hayan suscrito la Declaración y no sean parte de la Convención, sólo estarán vinculados por la Declaración. Sin embargo, la Comisión se ha servido del texto de la Convención para interpretar la Declaración, aun respecto de aquellos Estados que no son parte en la Convención². Esto es así ya que tanto la Comisión³ como la Corte⁴ tienen establecido que la interpretación de los instrumentos americanos de derechos humanos debe hacerse a la luz de la evolución del *corpus juris gentium* en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones del momento.

2. La interpretación de la Declaración y la Convención

Los dos órganos fundamentales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión y la Corte, se han referido en su actividad a la libertad religiosa de la que nos ocupamos aquí. La Corte ha abordado la libertad religiosa en un caso contencioso. La actividad de la Comisión ha sido un poco más abundante que la de la Corte, analizando el estado de la libertad religiosa en el continente americano a través de sus informes anuales, de sus informes específicos en relación con determinados países y de los casos puestos a su consideración a partir de comunicaciones de particulares, entre otros documentos.

2 Comisión IDH: *Cuba 1983 – Informe de país*, capítulo VII, párrafo 2.

3 Comisión IDH: *Caso 11140 Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, informe 75/02 (27/12/2002), párrafo 96.

4 Corte IDH: *Interpretación de la Declaración Americana...*, párrafo 37.

La relativa escasez de precedentes en la materia puede ser debida a que tradicionalmente la intolerancia religiosa no ha sido un problema en América, salvo en algunos casos puntuales respecto de iglesias cristianas de origen más o menos reciente y el caso concreto de un país, Cuba (Fix Zamudio, 1998, 96). En este apartado vamos a estudiar el modo en que estos dos órganos han aplicado las disposiciones de la Declaración y de la Convención respecto del tema desde una perspectiva general y estudiando conjuntamente la Declaración y la Convención, ya que a pesar de las diferencias de redacción, creemos que no difieren en su sustancia.

Interesa en primer lugar preguntarse por los sujetos titulares del derecho. Según la literalidad de los textos internacionales, el derecho corresponde *a toda persona*. Esto quiere decir que se aplica a cualquier individuo sin ningún tipo de discriminación por los motivos enunciados en el artículo II de la Declaración y 1 de la Convención. A pesar de la amplitud con la que se menciona el sujeto titular, no parece posible extender este concepto a las personas jurídicas. Esto es claro en relación con la Convención, ya que su artículo 1.2 define a la *persona* como *todo ser humano*. Por las razones mencionadas más arriba la misma interpretación podría extenderse al texto de la Declaración. En cualquier caso, cuando una persona jurídica sufra un perjuicio que ocasione, a su vez, una afectación ilegítima de la libertad religiosa de alguna persona física (por ejemplo un miembro o socio), es de suponer que resulta posible el reclamo de esta última (Buergethal et al. 1994, 41–42).

La libertad religiosa corresponde, según ha sostenido la Corte en *obiter dictum*, incluso a las personas que se encuentran sometidas al régimen penitenciario, ya que forma parte de los derechos que no se ven restringidos por la privación de libertad⁵. Por otra parte, la Comisión ha puesto de relieve que la libertad religiosa, aunque sea un derecho individual, puede ejercitarse individualmente o en grupo. En efecto, la libertad religiosa tiene también una dimensión colectiva, ya que este derecho, como otros reconocidos por la Convención y la Declaración, es susceptible de disfrutarse en común con otras personas⁶.

5 Corte IDH: '*Instituto de reeducación del menor*' c. Paraguay, sentencia de fondo (02/09/2004), párrafo 155.

6 Comisión IDH: Ecuador 1997 – Informe de país, capítulo IX.

Los sujetos obligados son tanto los particulares como el Estado. Sin embargo, este último tiene una función especial ya que, según las disposiciones generales de la Convención, debe adoptar las actuaciones necesarias para *garantizar su libre y pleno ejercicio* (artículo 1.1). Estas actuaciones incluyen *las medidas legislativas o de otro carácter* que fueren necesarias para la efectividad de los derechos (artículo 2). Esto implica poner en cabeza de los gobiernos no sólo un deber negativo de abstenerse de violar el derecho en cuestión, sino también un deber positivo de adoptar las medidas necesarias y razonables, según las circunstancias, para garantizar su goce efectivo (Buergethal et al. 1994, 42).

Una violación de la libertad religiosa cometida directamente por el Estado podrá acarrear su responsabilidad internacional. Las violaciones de la libertad religiosa por parte de particulares no acarrear, en principio, la responsabilidad del Estado en cuyo territorio se producen. Sin embargo, la Comisión ha dicho en repetidas ocasiones que los Estados tienen la obligación de hacer efectiva una política de control de los grupos que cometen actos discriminatorios⁷, promueven el odio religioso (por ejemplo mediante la edición de escritos antisemitas⁸), realizan actos de persecución religiosa u obstaculización del ejercicio de los derechos religiosos⁹. Es ilustrativo al respecto el caso de hostigamiento a miembros de la comunidad judía venezolana, en el que la Comisión entendió que el Estado no había dado explicaciones suficientes acerca de los hechos denunciados¹⁰.

En cuanto al contenido mismo de la libertad que estudiamos, parece que el primer elemento a considerar sería la delimitación del ámbito de lo religioso. En efecto, la Declaración, como hemos visto, se refiere al derecho de *profesar libremente una creencia religiosa*, sin definir qué se entiende por tal. Lo mismo puede decirse de la Convención, aunque aquí hay todavía más complejidad, ya que junto con la libertad *de religión*, el texto coloca la libertad *de conciencia*, sin definir los campos de una y de otra. El mismo artículo de la Convención se

7 Comisión IDH: Argentina 1980 – *Informe de país*, capítulo X–C, párrafos 1–4.

8 Comisión IDH: Argentina 1980..., capítulo X–C, párrafos 1–4.

9 Comisión IDH: *Informe anual 1979–1980*, capítulo V: El Salvador, párrafo 4.

10 Comisión IDH: *Informe anual 2008*, capítulo IV: Venezuela, párrafos 364–367.

refiere en su contenido, en una distinción paralela a la de *libertad de religión* y *libertad de conciencia*, al derecho a conservar, cambiar, profesar, etc. *la religión y las creencias*. Si se establece un paralelismo entre el primer enunciado y el resto del artículo, podría pensarse que la libertad de religión está referida a las creencias religiosas, en tanto que la libertad de conciencia lo está a otras creencias (tal vez del mismo grado de importancia en la vida de las personas) que no son religiosas. Los órganos del sistema, por su parte, no han establecido una distinción clara y contundente entre ambas esferas, y no han dado una definición explícita de lo que entienden por religión.

El contenido de la libertad que aquí se estudia, puede desglosarse en los dos clásicos aspectos de este derecho (Fix Zamudio, 1998, 99). En el fuero interno la libertad religiosa incluye el derecho a *profesar una creencia religiosa* (artículo III de la Declaración), entendido en el sentido de *conservar* o de *cambiar* la religión (artículo 12.1 de la Convención). En el fuero externo, existe un derecho a *manifestar y practicar* las creencias religiosas en público y en privado (artículo III de la Declaración), lo que implica la posibilidad de *profesar y divulgar* la propia religión o las propias creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado (artículo 12.1 de la Convención). El verbo *profesar*, como se ve, tiene un sentido ambiguo, ya que puede significar *tener una creencia religiosa* y también *manifestarla* exteriormente.

La prohibición lisa y llana de la actividad de un grupo religioso es tal vez la forma más directa de infringir la libertad de religión en su aspecto externo. Tal caso se presentó cuando el gobierno argentino prohibió la actividad del grupo religioso Testigos de Jehová. La Comisión conoció del caso y declaró que había habido violación del derecho en cuestión¹¹. El aspecto externo implica también el derecho a realizar los ritos religiosos que imponga la propia confesión. Por ello, la Comisión entendió que es una manifestación de la libertad religiosa la participación en ceremonias litúrgicas y procesiones públicas que manifiesten una determinada fe, y se complació en que el gobierno de Cuba haya permitido esas celebraciones¹².

11 Comisión IDH: *Caso 2137 Testigos de Jehová (Argentina)*, informe 02/79 (05/03/1979).

Puede verse reseñado el caso en Comisión IDH: *Argentina 1980...*, capítulo X-B.

12 Comisión IDH: *Informe anual 2000*, capítulo IV: *Cuba*, párrafo 6.

La libertad religiosa comporta el derecho a asociarse con fines religiosos, amparando así la dimensión colectiva del derecho (Badilla Poblete, 2008, 354–355). Por eso el obtener, por parte de una asociación religiosa, la personalidad jurídica que le permita actuar en la vida civil es también una consecuencia de la libertad religiosa. Así lo entendió la Comisión al cuestionar la decisión dictada en su día por el gobierno paraguayo de quitar la personalidad jurídica al grupo Testigos de Jehová¹³.

El aspecto externo incluye también el derecho a divulgar las propias creencias. Por eso, la restricción al uso de los medios de comunicación y la educación como formas de divulgar las creencias religiosas es contraria a la libertad religiosa, según lo ha dicho la Comisión¹⁴.

Asimismo, es una derivación de la libertad religiosa promover las doctrinas sociales y políticas que estén vinculadas a la visión teológica que sustenta una comunidad religiosa¹⁵. Por esta razón, y teniendo en cuenta el hecho de que en algunos casos es difícil diferenciar la actividad política de la propiamente religiosa, la persecución por motivos políticos o la obstaculización de realización de actividades políticas por parte de los miembros de organizaciones religiosas puede significar, además de la violación de otros derechos humanos básicos, una afectación de la libertad religiosa. Esta situación fue puesta de manifiesto por la Comisión, al referirse a un conjunto de países americanos sometidos a regímenes autoritarios, y en los que ministros religiosos se habían implicado en la lucha contra esos regímenes¹⁶. La misma violación puede

13 Comisión IDH: *Informe anual 1979–1980*, capítulo V: *Paraguay*, párrafo 10.

14 Comisión IDH: *Cuba 1983*, capítulo VII, párrafos 26, 32 y 42.

15 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafos 10–12.

16 Véase como ejemplo el caso de las persecuciones a la Iglesia Católica salvadoreña que incluyeron el asesinato de Monseñor Romero, arzobispo de San Salvador, reseñadas en Comisión IDH: *Informe anual 1979–1980*, capítulo V: *El Salvador*, párrafo 4. También hay reseña en Comisión IDH: *El Salvador 1978 – Informe de país*, capítulo VIII, párrafos 10 y siguientes. En este mismo sentido, Comisión IDH: *Informe anual 1983–1984*, capítulo sobre *Paraguay*, párrafo 9; Comisión IDH: *Nicaragua 1978 – Informe de país*, capítulo VI–B; Comisión IDH: *Guatemala 1981 – Informe de país*, capítulo VI; y Comisión IDH: *Guatemala 1983 – Informe de país*, capítulo VI.

estar implícita en la persecución de ministros de una confesión religiosa que realizan una actividad de asistencia social a los necesitados¹⁷. Por las razones ya expuestas, la Comisión también ha entendido que la prohibición estatal de que los ministros religiosos realicen propaganda política o critiquen las leyes, el gobierno o a los funcionarios públicos es incompatible con la libertad religiosa¹⁸.

El único aspecto del artículo 12 que ha sido abordado por la Corte es el relativo a la protección de los sentimientos religiosos, en un caso relativo a la censura de un film ordenada por Chile, por considerar que atentaba contra los sentimientos religiosos de los cristianos. Allí dijo que la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención no podía restringirse por esta finalidad, con lo que implícitamente estaba aceptando, *a fortiori*, que el artículo 12 tampoco exigía la prohibición de los actos que puedan afectar los sentimientos religiosos de la población¹⁹. Las únicas acciones que han de estar prohibidas por la ley, por mandato del artículo 13.5 de la Convención, son la *apología del odio religioso* que constituya una *incitación a la violencia* así como otras *acciones ilegales similares* contra una *persona o grupo de personas por motivo de religión*.

En lo referente a la violación del propio artículo 12, la Comisión había estimado que ésta se había producido, porque al censurar el film se habría impedido que la sociedad accediera a una información que habría podido llevar a algunos individuos a mantener, cambiar o modificar sus creencias religiosas. La Corte, por el contrario, consideró que no había prueba alguna de que se hubiese producido una tal interferencia²⁰.

Por último corresponde analizar una derivación de la libertad religiosa, relativa al ámbito de la educación. La Convención se refiere expresamente al derecho de los padres (o en su caso de los tutores) a que sus hijos (o sus pupilos) reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo

17 Comisión IDH: *Guatemala 1981...*, capítulo VI-B, párrafos 1-3.

18 Comisión IDH: *Nicaragua 1978...*, capítulo VI-A.

19 Corte IDH: '*La Última Tentación de Cristo*' – *Olmedo Bustos y otros c. Chile*, sentencia de fondo (05/02/2001), párrafos 63-73.

20 Corte IDH: '*La Última Tentación de Cristo*'..., párrafos 74-80.

con sus convicciones (artículo 12.4). Fue éste el inciso más discutido en la preparación del texto del artículo²¹. En consonancia con esta disposición, la Comisión determinó que establecer que el Estado educa al pueblo en una determinada doctrina es contrario al derecho de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos. Por ejemplo, es contrario a tal derecho decir que el Estado educa al pueblo en la *concepción científica materialista del universo*, como lo hacía la Constitución cubana al momento en que la Comisión emitió su informe²².

3. Igualdad religiosa

El principio de igualdad, en relación con la libertad religiosa, tiene una doble manifestación. Por un lado, implica el derecho a un goce igualitario de la libertad religiosa. Es decir, el derecho a no ser discriminado en el goce de la libertad, sea cuales sean los motivos (artículos II de la Declaración y 1.1 de la Convención). Por otro lado, incluye el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos. El credo de una persona no puede servir de base para afectar la igualdad de los ciudadanos ante la ley (artículos II de la Declaración y 24 de la Convención).

En el campo de la discriminación por motivos religiosos, la labor de la Comisión ha identificado y reprobado diferentes casos. Así, respecto de Cuba, señaló que constituían discriminaciones por motivos de religión la imposibilidad para los creyentes de dictar cursos con alguna implicación política o ideológica, la exigencia de requisitos ideológicos para las promociones laborales o para la adquisición de bienes de consumo durables, el condicionante ideológico para el acceso a la universidad o a becas de estudio, etc.²³. Igualmente, en el ya mencionado caso de los Testigos de Jehová en Argentina, la Comisión entendió que se había producido la violación del derecho a la igualdad en materia educativa, por la expulsión de alrededor de 300 niños Testigos de Je-

21 Véanse las discusiones de la Comisión preparatoria de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al por entonces numerado como artículo 11.

22 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafo 6.

23 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafo 41.

hová de establecimientos educativos²⁴. La discriminación indirecta por motivos religiosos también es reprobada por la práctica de la Comisión. Por ejemplo, en uno de sus informes se detectó que en Cuba no se impedía directamente a quienes profesaban ideas religiosas acceder a puestos políticos, pero se exigía para tal acceso ser miembro del partido comunista, y para ello hacía falta, a su vez, profesar la ideología marxista-leninista²⁵.

Un tema estrechamente vinculado con la igualdad religiosa es el de la objeción de conciencia. Este instituto pone en juego la correcta interpretación del principio de igualdad ante la ley, dado que las cargas impuestas por la ley común pueden chocar con los escrúpulos de conciencia de un sector de la población, mientras que otro sector puede no tener inconveniente de conciencia alguno a su respecto. Alguna doctrina se ha manifestado a favor de incluir la objeción de conciencia como derecho implícito en las normas interamericanas (Fix Zamudio, 1998, 99). Sin embargo, en la resolución de un caso posterior a la fecha de la opinión doctrinaria mencionada, la Comisión llegó a la conclusión contraria.

La Comisión rechazó un pedido de objeción de conciencia al servicio militar por parte de un grupo de ciudadanos chilenos. La Comisión entendió que la objeción de conciencia era un derecho emanado del artículo 12 sólo en aquellos países que lo reconocían en su legislación interna. Pero no había una obligación del Estado de reconocer la objeción de conciencia; esta conclusión se derivaba de una lectura sistemática de la Convención, que en su artículo 6.3.b) considera que no son trabajos forzosos el servicio militar o la prestación sustitutoria en aquellos países que *reconocen la objeción de conciencia*. Como surge de este artículo, está implícita en la Convención la idea de que algunos países no reconozcan la objeción de conciencia²⁶.

Finalmente, la relación institucional del Estado con las organizaciones religiosas suscita también cuestiones a la luz del principio de igualdad, ya que muchos Estados, por razones históricas o sociológicas, dan a algún o algunos

24 Comisión IDH: *Caso 2137 Testigos de Jehová...*

25 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafo 30.

26 Comisión IDH: *Caso 12.219 Cristián Daniel Sahli Vera y otros (Chile)*, informe 43/05 (10/04/2005).

grupos religiosos un trato más favorable que a otros. Dado que ni la Convención ni la Declaración traen normas expresas sobre la relación del Estado con las organizaciones religiosas, la cuestión es dejada a la discrecionalidad de los Estados. Sin embargo existe un límite: el hecho de que el Estado asuma como propias determinadas creencias no debe implicar una discriminación indirecta respecto de quienes no profesan esas creencias. Así lo entendió la Comisión al analizar la declaración de la Constitución cubana según la cual Cuba es un Estado basado en la *concepción científica materialista del universo*²⁷.

Hay un caso en el que la Comisión llamó a un Estado a actuar con neutralidad frente a una situación de polarización religiosa. Se trataba de un caso extremo: la neutralidad que la Comisión pedía al Estado no se refería a una situación más favorable de un culto en relación con otros, por razones históricas o sociológicas, sino de algo más grave. El gobierno había encontrado aliados en un conjunto de grupos religiosos y perseguía abiertamente a otros. Como es lógico, la neutralidad a la que se refería la Comisión era un llamamiento al Estado para que cesase en su persecución²⁸.

4. Las restricciones a la libertad religiosa

La libertad religiosa puede, como otros derechos, verse limitada. Existen dos tipos de limitaciones posibles a los derechos, aunque sólo uno de ellos es aplicable a la libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos. El primer tipo de limitación es la restricción que corresponde a la vida normal de un derecho, y que busca tornar compatible su existencia y ejercicio con la existencia y efectividad de otras libertades, así como con la salvaguarda de los intereses fundamentales de la sociedad. El segundo tipo de limitación es la suspensión temporal de derechos en casos de emergencia.

La Declaración no contiene una disposición específica respecto de las restricciones normales a las que puede someterse la libertad religiosa. Sin embargo, éstas pueden deducirse del artículo XXIX, que se refiere a los deberes generales del individuo en la sociedad, y establece el deber de toda persona

27 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafo 6.

28 Comisión IDH: *Guatemala 1983...*, capítulo VI-D.

de *convivir con las demás* de modo que todas puedan *formar y desenvolver integralmente su personalidad*. Este deber, junto con los otros enunciados en la Declaración (artículos XXX a XXXVIII), exige una armonización del sistema de derechos del mismo texto, de modo que derechos y deberes se limitan recíprocamente.

La Convención sí tiene disposiciones específicas respecto de las restricciones a la libertad religiosa, en su artículos 12.2 y 12.3, que hemos transcrito más arriba. Estas restricciones, según el propio texto, sólo alcanzan al fuero externo. La libertad religiosa, en su aspecto interno, es un derecho absoluto. Precisamente por la existencia de una previsión específica sobre las limitaciones a la libertad religiosa, no resulta de aplicación el artículo 32.2 de la Convención, que funciona como una cláusula genérica para los derechos que no tienen cláusula de restricción específica. Sí es operativo el artículo 30 sobre el modo en que han de aplicarse las restricciones permitidas.

En términos amplios, puede decirse que la disposición del artículo 12.3 incorpora una *cláusula de orden público* como fundamento de las restricciones normales al derecho. El orden público así entendido permite la restricción en aquellos casos en que sea necesaria para compatibilizar los intereses individuales con los intereses generales de la sociedad, así como para hacer compatibles los derechos de unos con los derechos de otros (Úbeda de Torres, 2007, 508).

Para que la restricción sea lícita, según el artículo 12.3, tres requisitos deben cumplirse. En primer lugar, es necesario que la limitación esté prevista por ley. La Corte, al interpretar el sistema de la Convención en lo relativo al requisito de base legal que justifica las restricciones a los derechos, ha dicho que el concepto de *ley* ha de entenderse en el sentido de norma de carácter general, dictada por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, y elaborada por el procedimiento constitucionalmente establecido²⁹. La Comisión, por su parte, ha interpretado esta exigencia diciendo que las bases que justifican las restricciones al derecho deben estar claramente establecidas. Así, resulta ambiguo decir que *es ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución*, como hacía en su momento la Constitución

29 Corte IDH: *La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva 6/86 (09/05/1986), párrafos 22 y 38.

de Cuba, porque se trata de una prohibición demasiado genérica para servir de base a la restricción del derecho fundamental³⁰.

En segundo lugar, la restricción debe servir a alguno de los fines legítimos enunciados en la Convención: proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Finalmente, las medidas deben ser necesarias para alcanzar esos fines legítimos. Esto ha de interpretarse, según lo ha entendido la Corte en un caso que se refería a otro derecho pero con un criterio que puede ser extrapolado, en el sentido de que debe existir un *interés público imperativo* que justifique la medida³¹. Por otra parte, aunque el artículo 12.3 se refiera sólo a la *necesidad* de la medida y no, como lo hacen otros artículo de la Convención, a su *necesidad en una sociedad democrática*, esto no quiere decir que esta última calificación no deba ser tenida en cuenta. La *necesidad* a la que se refiere el artículo es, así, la *necesidad en una sociedad democrática* (Úbeda de Torres, 2007, 510).

Este requisito aparece como bastante estricto, si se tiene en cuenta que, según lo ha dicho la Corte, hay que demostrar no sólo la proporcionalidad entre medios y fines, sino que el fin perseguido no puede ser alcanzado por otros medios menos restrictivos del derecho³². A pesar de estas exigencias, para algunos todavía queda, en los hechos, un amplio margen de discrecionalidad del Estado para controlar a los grupos religiosos (Davison, 1998, 258).

Veamos ahora la limitación excepcional por la vía de la suspensión en caso de emergencia. La Convención prevé en su artículo 27 el instituto de la suspensión de derechos y garantías en caso *de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte*. Se trata de garantizar la continuidad de las instituciones políticas en situaciones de tal gravedad que ponen en peligro la existencia misma del Estado (Faúndez Ledesma, 1999, 91-92). Sin embargo, algunos derechos no pueden ser suspendidos por este mecanismo. Entre ellos se cuenta la libertad de conciencia y de religión, según establece el artículo 27.2. Esto quiere decir además que

30 Comisión IDH: *Cuba 1983...*, capítulo VII, párrafos 4-6.

31 Corte IDH: *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva 5/85 (13/11/1985), párrafo 46.

32 Corte IDH: *La Colegiación Obligatoria...*, párrafo 46.

tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables que sirvan a la protección de la libertad religiosa³³.

5. Libertad religiosa y derechos de las comunidades aborígenes

La libertad religiosa que estudiamos ha sido utilizada, en algunos precedentes del sistema interamericano, como medio de protección de las comunidades indígenas. Como dijimos más arriba, la libertad religiosa se aplica a todos los grupos religiosos presentes en un territorio, lo que incluye obviamente a los grupos indígenas. Sin embargo, respecto de estos últimos, ella asume características particulares, vinculándose con otros derechos fundamentales, como el derecho a la cultura (artículo XIII de la Declaración y artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y a la propiedad (artículo XXIII de la Declaración y 21 de la Convención). Además, respecto de los pueblos indígenas, el carácter colectivo del derecho es más fuerte, ya que la Corte ha entendido que los pueblos indígenas son verdaderos sujetos de derecho con singularidad propia³⁴. En la jurisprudencia de la Corte, el carácter de sujeto de derecho de las comunidades aborígenes aparece como previo a la formación del Estado moderno e, incluso, de la conquista hispánica (Burgogue-Larsen y Úbeda de Torres, 2009, 71).

La relación entre la propiedad y posesión de los territorios tradicionales de los grupos indígenas, y el mantenimiento de su cultura y de su forma de vida ha sido puesta de manifiesto por la Corte. Las tierras tradicionales y los recursos naturales no sólo son el principal medio de subsistencia de estos grupos, sino que además constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. La falta de protección de la

33 Corte IDH: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, opinión consultiva 8/87 (30/01/1987).

34 Corte IDH: *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, sentencia de fondo (17/06/2005), párrafo 72. Corte IDH: *Comunidad indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentencia de fondo (29/04/2006), párrafo 88–89. Sobre los derechos indígenas en el sistema interamericano puede verse Pentassuglia (2011).

propiedad comunitaria de la tierra perjudica la preservación de las formas de vida, costumbre e idioma de las comunidades aborígenes. Por ello, la Corte ha llegado a la conclusión de que las tierras tradicionales y los recursos ligados a la cultura que allí se encuentran deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención³⁵.

La protección de las tierras tradicionales ha sido realizada a partir del derecho de propiedad, y no de la libertad religiosa, aunque las creencias religiosas de los pueblos indígenas hayan sido mencionadas en los fundamentos de las sentencias. Sin embargo, la particular situación de los grupos indígenas, en la que juega un rol central su espiritualidad, ha llevado a la Corte a decir que, al aplicar los derechos de la Convención, los Estados deben tener en cuenta las características propias de las comunidades a las que ellos se aplican³⁶. Esto implica reconocer que el artículo 21 no sólo protege el derecho de propiedad en su sentido clásico de propiedad individual, sino también formas de propiedad y posesión colectivas.

También la Comisión ha señalado la relación entre cultura, espiritualidad y posesión de las tierras tradicionales. Ha dicho que esto es así porque en las tierras tradicionales se encuentran cementerios ancestrales, lugares de significado religioso y sitios ceremoniales³⁷. Por ello, las limitaciones a la propiedad indígena también pueden afectar el derecho al ejercicio de la propia religión y, en consecuencia, los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la conservación de sus propias formas de religiosidad, lo que incluye la expresión pública de las creencias y el acceso a los sitios sagrados³⁸.

35 Corte IDH: *Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párrafos 135–137. Corte IDH: *Comunidad indígena Sawhoyamaya...*, párrafos 73–75 y 118.

36 Corte IDH: *Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párrafo 51. Corte IDH: *Comunidad ena Sawhoyamaya...*, párrafo 60. Corte IDH: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo (31/08/2001), párrafo 149.

37 Comisión IDH: *Caso 12053 Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo (Belice)*, informe 40/04 (12/10/2004), párrafo 155.

38 Comisión IDH: *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Doc. 56/09, OEA/Ser.L/V/II, párrafo 161.

En un caso reciente, la Comisión se expidió sobre la admisibilidad de una denuncia presentada por dos asociaciones en defensa de varios grupos aborígenes canadienses. Se alegaba la violación de la igualdad ante la ley, así como de los derechos a la cultura y a la propiedad según la Declaración (Canadá no es parte en la Convención) derivada de la falta de delimitación y consiguiente restitución de tierras ancestrales; del otorgamiento de concesiones a particulares, por parte del Estado, respecto de esas tierras sin consulta con los grupos aborígenes; y de la consiguiente destrucción del medio ambiente y sitios sagrados utilizados por los grupos. La Comisión no se ha pronunciado todavía sobre el fondo, pero sí ha declarado la admisibilidad de la demanda, basándose en que los hechos relatados podrían configurar, *prima facie*, violación de la Declaración Americana, respecto del derecho de propiedad y de la igualdad ante la ley, así como del derecho a la cultura. Además, y esto es lo que interesa en este trabajo, la Comisión consideró también que podría haber una violación de la libertad religiosa (concepto introducido por la Comisión en virtud del principio *iura novit curia*)³⁹.

De todas maneras, el recurso a la libertad religiosa para la protección de las tierras indígenas no es uniforme en los antecedentes de la Comisión. En otros casos semejantes, la Comisión consideró que no había habido violación de la libertad religiosa, aunque sí de otros derechos de la Declaración⁴⁰.

Al igual que la Corte, la Comisión ha puesto énfasis en la necesidad de adaptar los derechos a la peculiar situación de los pueblos indígenas, lo que puede significar a su respecto el reconocimiento de derechos diferenciados. Además, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad puede

39 Comisión IDH: *Caso 592-07 Grupo de Tratado Hul'qumi'num y Programa de Derechos y Políticas Indígenas de la Universidad de Arizona (Canadá)*, resolución de admisibilidad, informe 105/09 (30/10/2009).

40 Comisión IDH: *Caso 7615 Tim Coulter y otros sobre violación de los derechos de los miembros del grupo indígena Yanomani (Brasil)*, informe 12/85 (05/03/1985). Comisión IDH: *Caso 11140 Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, informe 75/02 (27/12/2002). Comisión IDH: *Caso 12053 Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, informe 40/04 (12/10/2004).

exigir la adopción por el Estado de medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y el derecho de sus miembros a disfrutar de su cultura y lengua y a practicar su religión⁴¹. En particular respecto de los grupos indígenas, la Comisión tiene dicho que en algunos casos puede ser necesario que los Estados adopten medidas especiales para *compensar la explotación y discriminación* a que han sido sometidas estos pueblos⁴².

6. Breves conclusiones

En el presente artículo se ha hecho un breve recorrido por las principales disposiciones del sistema interamericano en materia de libertad religiosa, así como por su interpretación por parte de los órganos de ese sistema. Como se ha podido ver, sólo ha habido una sentencia de la Corte relativa al tema, y los precedentes de la Comisión, aunque algo más numerosos, tampoco son abundantes. Esta situación parecería indicar algo positivo: no existen graves conflictos religiosos en el continente americano.

A pesar de que los precedentes no son demasiados, ellos permiten delimitar los rasgos generales de esta libertad. Como hemos visto, de los documentos analizados puede deducirse el contorno general del derecho estudiado con bastante precisión. Por otra parte, no se evidencian contradicciones internas en los precedentes de la Comisión. Es cierto sí que en el único caso que llegó a la Corte, la opinión de la ésta y la de la Comisión fueron divergentes. Sin embargo, hay que destacar que ambas opiniones estaban sólidamente fundadas y eran interpretaciones plausibles del artículo 12.

Para finalizar, sólo resta insistir en el hecho de que el sistema interamericano de derechos humanos tiene como objetivo promover una creciente democratización de los Estados del continente, como puede verse en la actividad de la OEA y de los organismos especializados en derechos humanos. Hay que recordar, en esta línea, que la libertad religiosa es una pieza fundamental en el contexto de las libertades públicas indispensables de un Estado de Derecho.

41 Comisión IDH: *Ecuador 1997...*, capítulo IX.

42 Comisión IDH: *Caso 12053 Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, informe 40/04 (12/10/2004), párrafo 95.

No en vano, la Corte ha dicho que la libertad religiosa es uno de los *cimientos de la sociedad democrática*⁴³.

7. Bibliografía

- Badilla Poblete, Elvira. 2008. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile. *Revista Chilena de Derecho* (Santiago: Universidad Católica de Chile) 35 (2): 341–364.
- Buergenthal, Thomas, Robert Morris y Dinah Shelton. 1994. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Civitas.
- Burgogue-Larsen, Laurence y Amaya Úbeda de Torres. 2009. *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Navarra: Civitas.
- Davison, Scott. 1998. The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System. En *The inter-american system of human rights*, compilado por Harris, D. y S. Livingstone, 213–288. Oxford: Clarendon.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 1999. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fix Zamudio, Héctor. 1998. Libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, compilado por Martínez-Torrón, J., 95–105. Granada: Comares.
- García-Pardo, David. 2000. *La protección internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.
- Goldman, Robert K. 2009. History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly* (Washington: The Johns Hopkins University Press) 31:856–887.
- Pentassuglia, Gaetano. 2011. Towards a Jurisprudential Articulation of Indige-

43 Corte IDH: 'La Última Tentación de Cristo'..., párrafo 79.

nous Land Rights. *European Journal of International Law* (Oxford: Oxford University Press) 22 (1): 165–202.

Úbeda de Torres, Amaya. 2007. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Reus.

El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Andrés Javier Rousset Siri

Abogado y Doctorando en Derechos Humanos por la
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Socio fundador de la Asociación Civil
para la Defensa y Protección de los Derechos Humanos "Xumex".

Resumen: El presente trabajo gira en torno a la evolución de las medidas de reparación ordenadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intentando, a través de este análisis, construir un concepto de reparación integral apropiado para el tipo de violaciones a los derechos humanos que se busca subsanar por medio de las mismas.

Palabras clave: Reparaciones; indemnización; víctimas; jurisprudencia; Corte IDH

Abstract: This paper focuses on the evolution of reparation measures that have been ordered by the Inter-American Court of Human Rights through its jurisprudence, seeking –through this analysis– to develop a concept of comprehensive reparations that suits the type of human rights violations sought to be remedied through such measures.

Keywords: Reparations; compensation; victims; jurisprudence; I/A Court H.R

Artículo recibido: 11/07/11 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

1. Introducción
2. El concepto de reparaciones en el SIDH
3. El concepto de reparación integral como pauta rectora
4. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH
5. Restitutio in integrum
6. Indemnización compensatoria
7. Proyecto de vida
8. Medidas de satisfacción y no repetición
9. Perspectivas
10. Colofón
11. Bibliografía

La reparatio dispone de nuevo, reordena la vida de los sobrevivientes victimados, pero no logra eliminar el dolor que ya está incorporado ineluctablemente al cotidiano de su existencia¹.

1. Introducción

El presente trabajo busca analizar el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), el concepto de reparación integral.

En sus más de 23 años de desarrollo jurisprudencial, producto de su competencia contenciosa², la Corte IDH ha creado una verdadera doctrina en materia reparatoria sobre reparaciones que va mucho más allá de la simple reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales (García Ramírez, 2005, 3).

Esto obedece principalmente a la relevante función que cumple la misma

1 Del voto razonado del Juez Cançado Trindade en el caso Bulacio Vs. Argentina, párr. 38.

2 Si bien al 26/06/87 emite su primer sentencia, a esta fecha ya contaba en su haber con ocho opiniones consultivas, sólo tomaremos como base el primer tipo de resoluciones.

en el diseño de las medidas de reparación como un imperativo derivado del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH). Esta activa participación, la distingue de su homónima europea que reenvía al ordenamiento jurídico interno del Estado de que se trate la determinación de las medidas de reparación, limitándose sólo a cumplir una función de homologación, pudiendo incluso disponer de una satisfacción equitativa, en caso de que el derecho interno de la “Alta Parte Contratante” repare de manera imperfecta las consecuencias de la violación determinada por el tribunal a tenor de lo dispuesto por el artículo 41 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Corte IDH ha cumplido esta tarea con conciencia de desarrollo, esto es, ajustándose a las nuevas exigencias que cada caso va planteando, de manera consecuente con el concepto de interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección que entiende 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”³.

Esto no es una cuestión menor, dado que este paulatino y constante avance en la materia refuerza cada vez más la idea de que la finalidad principal que debe perseguir un sistema de protección internacional de derechos humanos no es declarar la responsabilidad internacional de un Estado, sino que lo central es apuntar principalmente a la plena reparación de quien o quienes resultaron víctimas de la acción u omisión imputable a un Estado.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) lo relativo a las reparaciones representa el tópico más importante y el fin principal que perseguirá todo proceso contencioso en el marco del mismo. ¿Qué utilidad podría tener este mecanismo, si no se hacen cesar los efectos de un acto o una omisión anti convencional atribuible a un Estado, o si por lo menos se toman recaudos para evitar su futura repetición?. Estas primeras consideraciones nos llevan a entender que se haya sostenido con acierto que “Las reparaciones constituyen el horizonte natural de las expec-

3 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

tativas individuales y sociales en los casos contenciosos” (García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, 2002, 147). Estas expectativas, como ha señalado Beristain, se van construyendo a lo largo de

...un largo proceso que comienza antes de acceder al sistema o cuando se presenta el caso; que sigue durante el tiempo del litigio, a medida que se conoce algo más del sistema, y continúa con las expectativas de cumplimiento, después de informes, acuerdos o sentencias. El último aspecto de este proceso es lo que las víctimas esperan que traiga consigo la reparación, o los cambios que se logren con la sentencia⁴ (Carlos Martín Beristain; *Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Tomo 1, 2008, 63).

2. El concepto de reparaciones en el SIDH

La forma en la que una violación a los derechos humanos puede incidir y afectar la historia personal de la víctima y su entorno presenta un alto nivel de complejidad, la misma Corte IDH, en su sentencia sobre reparaciones del caso *Aloeboetoe vs. Suriname* señaló que

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos⁵.

La Corte IDH, en su jurisprudencia constante, ha señalado que

4 Agrega asimismo el autor citado que las expectativas pueden ser muy genéricas (por ejemplo conocer la verdad, obtener justicia) o muy específicas (lograr el reconocimiento de tal o cual aspecto negado, impulsar la investigación de la responsabilidad del Estado).

5 Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, Párr. 48.

Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial⁶.

Esta definición es coherente con la base legal en la materia, esto es el artículo 63.1 de la CADH.

El mismo dispone que:

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

La Corte IDH ha puesto énfasis en señalar que el precepto del artículo 63.1 refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado⁷. Este criterio, ha sido reconocido en la jurisprudencia de diferentes tribunales internacionales, marcando una constante en la materia. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional lo sostenía ya en el fallo de la Fabrica de Chorzów⁸ en el año 1928, posteriormente pasaría a ser utilizado por la Corte Internacional de Justicia en fallos como “Reparaciones por los

6 Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175.

7 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, Párr. 62; Corte IDH. 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. 203.

8 Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29

daños sufridos por el servicio de Naciones Unidas⁹”, criterios que finalmente adoptaría la Corte IDH en sus primeras sentencias, para luego hacerlos suyos y aggiornarlo en el devenir de su jurisprudencia.

Asimismo, ha señalado el tribunal interamericano que el artículo 63.1 de la CADH

... distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización¹⁰.

Este doble alcance de la norma reparatoria, ha incidido cada vez con mayor frecuencia en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, dando lugar a una arquitectura reparatoria que tendrá como objetivo, no sólo borrar las huellas que en la víctima produjo el actuar del Estado, sino también evitar que ese tipo de hechos se vuelvan a repetir.

3. El concepto de reparación integral como pauta rectora

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿cómo encaramos la difícil tarea de reparar una violación a los derechos humanos?, ¿será posible la *Restitutio in integrum*?, en caso contrario ¿basta sólo con ordenar una indemnización pecuniaria?

Para responder nuestros interrogantes podemos tomar como punto de partida un concepto de reparación integral cuyo eje se construya desde la

9 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184

10 Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, Párr. 46.

premisa de que el pleno reestablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere un complejo diseño de medidas de reparación que tiendan, no sólo a borrar las huellas que el hecho anti-conventional ha generado, sino también comprensivo de las medidas tendientes a evitar su repetición. Las mismas no sólo tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino que además se deberá trabajar en las medidas extrapatrimoniales. Especial interés debe revestir en este trabajo la víctima del caso.

Para entender los diversos aspectos que puede comprender reparar una violación a los derechos humanos utilizaremos la clasificación de rubros reparables propuestos por el Relator Especial de Naciones Unidas, Theo van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos¹¹. La misma puede presentarse bajo las siguientes formas: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición.

En primer término, nadie dudaría de que la mejor respuesta al daño que se ha ocasionado sería el *reestablecimiento de las cosas al estado anterior* al evento dañoso, en palabras de la propia Corte:

Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitución in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria.¹².

11 “Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, 45° Período de Sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).

12 Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 189; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio

En cuanto a la *indemnización pecuniaria*, no cabe duda de que es uno de los elementos más recurrentes en el diseño de las medidas reparatorias, por su intrínseca capacidad de funcionar como elemento fungible, frente a aquellas cosas que no se podrán ya recuperar, tal como vimos en el párrafo anterior. La misma, siempre ostentará carácter compensatorio y no sancionatorio¹³. La finalidad de fijar montos indemnizatorios no tiene por objeto constituir una sanción por la conducta imputable a un Estado, sino que busca reparar las consecuencias del mismo. En la generalidad de los casos incluirá lo relativo al daño moral, como así también el daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos como también lo ha denominado la Corte IDH en su jurisprudencia.

El *daño al proyecto de vida*

... atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas¹⁴.

Como veremos más adelante éste ha representado uno de los rubros que más problemas ha tenido en cuanto a la selección de la modalidad a utilizar para su reparación.

Finalmente, *las medidas de satisfacción y no repetición*, poseen un enorme poder de reparación que trascienden lo material y apuntan según palabras de la Corte a: "... el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso¹⁵".

de 2004. Serie C No. 109, párr. 222.

13 Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 36.

14 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 147.

15 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 268.

En términos generales, estos elementos que hemos definido, comprenderían las diversas facetas que forman parte del concepto de reparación integral y que deberán analizarse en cada caso concreto a resolver.

Ahora bien, ¿cómo ha sido la aplicación de los mismos en la jurisprudencia de la Corte IDH?

4. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH

El primer caso contencioso de la Corte IDH¹⁶ giró en torno a la desaparición forzada de Ángel Manfredo Velazquez Rodríguez, en Honduras, en el marco de una práctica sistemática de delitos de este tipo que asoló dicho país en la década del '80.

En la sentencia sobre reparaciones emitida en dicho caso el 21 de julio de 1989, la Corte IDH consideró que el pago de una indemnización en moneda local y el recordatorio al Estado de Honduras de que debía cumplir con su deber de investigar y reparar, como una obligación ponderada en la sentencia de fondo y no como una medida de reparación autónoma, bastaba en el caso concreto para tener por reparada a las víctimas del caso. En dicha oportunidad, el gobierno Hondureño había ofrecido una suma de dinero como “justa indemnización”, pero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como así también la viuda de la víctima en escrito presentado ante la Corte IDH, habían requerido otras medidas tales como el reconocimiento público de responsabilidad internacional, un monumento o plaza como recordatorio de la memoria de las víctimas, sin que formen parte del resolutivo mencionado.

¿Es suficiente el pago de una suma de dinero para reparar un caso de desaparición forzada de personas?. Desde ya debemos adelantar nuestra respuesta negativa. Aún cuando la víctima sí se sintiera resarcida por la indemnización, esta grave tipología de violación a los derechos humanos trasciende a la víctima y repercute en el complejo social en el que se inmersa. Las sentencias

16 No hacemos referencia a la primer sentencia de la Corte IDH, dado que en sus primeros años, tenía la práctica de emitir tres resoluciones: una para las cuestiones de admisibilidad, otra para el fondo del asunto y una tercera en materia de reparaciones.

de la Corte IDH, como así también las medidas de reparación que se disponen en consecuencia, tienen la misma virtualidad.

Pero este panorama cambiaría en el devenir de los años. Para analizar esto, utilizaremos la misma estructura del acápite anterior a los efectos de volcar dentro de cada uno de los rubros generales reparables, la experiencia de las más de 200 sentencias de la Corte IDH.

5. Restitutio in integrum

Los temas que se han analizado en la jurisprudencia de la Corte IDH se vinculan principalmente con violaciones masivas a los derechos humanos, es decir, prácticas sistemáticas de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, violaciones a las garantías del debido proceso. Incluso las cuestiones que se han analizado más recientemente en relación a derechos como igualdad y no discriminación o libertad de expresión, han demostrado que es prácticamente imposible la aplicación de la restitutio in integrum per se como forma de reparar el daño que se ha causado. No obstante podemos mencionar un ejemplo de aplicación de la misma, aunque con la particularidad de que se acordó en el marco de un proceso de solución amistosa¹⁷.

6. Indemnización compensatoria

Como adelantáramos líneas arriba, la principal característica en la determinación de las indemnizaciones pecuniarias en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH gira justamente en torno a que este organismo internacionales es quien determina su monto y modalidad de pago¹⁸.

Muchas veces se ha confundido el concepto de reparaciones con el de indemnizaciones. Estamos frente a dos nociones distintas, que se encuentran

17 Para ampliar este punto, véase: Corte IDH. Caso Maqueda Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Resolución de 17 de enero de 1995. Serie C No. 18.

18 Aunque existen precedentes en los que la Corte ejerció una función de homologadora del acuerdo arribado es sede interna, pudiendo citar como ejemplo los casos Benavides Cevallos Vs. Ecuador, Barrios Altos Vs. Perú, Durand y Ugarte Vs. Ugarte.

en relación de género a especie (Faúndez Ledesma, 2004, 802) con los alcances que viéramos en el acápite anterior. En términos generales debemos partir de la base de que no existe un criterio claro en lo que respecta a la cuantía de las indemnizaciones, por lo que no debe extrañar en casos similares visualizar montos diferentes.

Desde la primera sentencia de la Corte IDH, se han visto plasmados los conceptos a los que hiciéramos referencia en el acápite anterior, ellos son: el de daño moral, daño emergente y lucro cesante.

Pero un nuevo rubro se incorporó en el devenir de la práctica de la Corte IDH, este es el “daño patrimonial familiar”. Este rubro indemnizatorio analizado por primera vez en el caso Castillo Páez, abarca “...el perjuicio o trastorno económico ocasionado al grupo familiar como consecuencia de lo sucedido a la víctima y por motivos imputables al Estado¹⁹”. Diversas situaciones han generado que la Corte disponga indemnizaciones sobre la base de este rubro, por ejemplo, traslados de vivienda y cambios de trabajo que obligan al núcleo familiar a dejar el lugar de residencia habitual, como consecuencia de hostigamientos o atentados contra la vida e integridad física en el marco de los hechos²⁰.

Podemos mencionar también algunos ejemplos que dentro del daño material no encuadran dentro de las típicas figuras que se analizan en este rubro. Por ejemplo, en ocasiones se ha dispuesto dentro de este rubro la compensación por determinadas pérdidas o detrimentos pecuniarios, tales como perjuicios económicos derivados de la aprehensión y depósito de bienes, o pérdida de bienes determinados²¹.

19 Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 119.

20 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 187; Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 77.

21 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párr. 228 y 239.

7. Proyecto de vida

Este rubro indemnizatorio ha sido reconocido en un puñado de casos de la Corte IDH de manera confusa. No hay duda de su significado, el problema se plantea en torno a su cuantía y forma de pago.

Ahora bien, desde su punto de partida la Corte IDH no ha definido con claridad la ubicación y la cuantificación de este daño.

En el primer aspecto, ya desde el caso precitado, el Tribunal señaló que el mismo constituye una noción diferente del daño emergente y del lucro cesante, debido a que no corresponde a la afectación patrimonial derivada directamente de los hechos, como sucede con el daño emergente, ni tampoco se refiere a la pérdida de ingresos económicos futuros, cuantificables como sucede con el lucro cesante. Años más tarde, con motivo del caso Villagrán Morales²², relativo a la ejecución extrajudicial de un grupo de “niños de la calle”, la Corte lo consideró incluido dentro del daño moral tal como había sido planteado por los familiares de las víctimas. Dos años después en el fallo por el caso Walter Bulacio contra la República Argentina, los representantes de la víctima lo solicitaron como “pérdida de chance”, rubro indemnizatorio de nuestro ordenamiento jurídico, debido a que los familiares consideraban que al ser un excelente estudiante iba a ser un gran profesional, específicamente abogado. La Corte desestimó dicha pretensión por falta de fundamento para determinar la probable realización del perjuicio²³.

En lo que respecta a la cuantificación, en el caso Loayza Tamayo, la Corte luego de explayarse in extenso omitió fijar una suma monetaria en consecuencia. Esto originó sendos votos razonados por parte de los miembros de la Corte que mostraban opiniones diferentes, debido a que mientras el juez De Roux Renfigo señaló que se tendría que haber cuantificado, otros magistrados como Cançado Trindade y Abreu Burelli sostuvieron que el reconocimiento realizado

22 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

23 Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100

a las pretensiones de la parte lesionada configuraba un paso importante en el camino a seguir.

Lo criticable, no es la controversia irresoluta sobre si se debe compensar en dinero o no, sino justamente la falta de caracterización, lo que ha llevado que en ocasiones se lo confunda como un elemento integrante del daño moral.

Hoy por hoy no existe un desarrollo jurisprudencial concreto sobre el mismo, aunque ya se han establecido algunos parámetros tales como que la reparación al daño al proyecto de vida implica una indemnización; pero no se reduce necesariamente a ésta, sino que puede traer consigo otras prestaciones que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*, por ejemplo las de carácter académico²⁴.

No obstante lo expuesto, a corto plazo veremos avances en la materia tendientes a seguir considerando a la persona como un todo integral.

8. Medidas de satisfacción y no repetición

Este es quizás el núcleo de medidas de reparación que más se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Tal como señaláramos anteriormente, en sus primeras sentencias, la Corte IDH sólo determinaba indemnizaciones pecuniarias, pero no disponía este tipo de medidas. Incluso el deber de investigar se lo consideraba como parte emergente de la sentencia de fondo, pero no una medida autónoma.

Esto empezaría a cambiar a partir del caso *Aloeboetoe Vs. Suriname*, donde de manera innominada se ordenó reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar.

24 En el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, la Corte consideró oportuno reparar el daño al proyecto de vida con una beca de estudios superiores o universitarios que cubra, además, la manutención durante toda la carrera elegida. En términos similares se buscó compensar este rubro también en el caso *Gómez Palomino Vs. Perú*. El Estado ofreció una beca de estudios también en el caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, aunque la Corte IDH no la determinó bajo este rubro.

Este sería sin dudas el punto de partida para una incipiente práctica de ir fijando medidas que se analizaban por fuera de las clásicas indemnizaciones.

En el año 1998, con motivo del fallo en el caso Benavides Ceballos Vs. Ecuador, la Corte IDH dispuso como medida específica de reparación la que ordenaba la plena vigencia del deber de investigar los hechos que motivaron el dictado de la sentencia. Esta medida se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia constante del tribunal.

Un año después, en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, la Corte IDH utilizaría por primera vez el acápite “otras foras de reparación”. En dicho rubro, y a través de los años, el tribunal interamericano determinó un variado número de medidas de toda índole. Así, podemos mencionar a modo de ejemplo la reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado²⁵, realizar nuevamente un proceso judicial²⁶, reformas legislativas (incluyendo

25 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115

26 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193; Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204

constituciones nacionales)²⁷, delimitación²⁸ o entrega²⁹ de tierras tradicionales, tipificación de delitos³⁰, ubicación, traslado y exhumación de restos mortales³¹, capacitación a fuerzas de seguridad³² o personal del Estado³³, dejar sin efecto una sentencia³⁴. También se han dictado medidas de concientización y me-

27 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo“ (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

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

29 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

30 Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92; Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87

31 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; Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153

32 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217

33 Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

34 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre

moria, ordenando, sea en el lugar de los hechos o en un lugar público, erigir monumentos, colocar placas memoriales o individualizar con el nombre de las víctimas determinada calle, escuela, plaza, etc., entre otros.

Estas últimas medidas mencionadas adquieren relevancia por la proyección que tiene sobre la sociedad en su conjunto. Preguntar por qué tal día lleva cual nombre, o pararse unos minutos a contemplar un monumento de los que hemos señalado, lleva a quienes no hemos sido víctimas de tales hechos a reflexionar acerca de lo que significó la afrenta y tener conciencia de no repetición.

En el año 2004, en el fallo *Molina Theissen Vs. Guatemala*, la Corte IDH comienza a aglutinar estas medidas bajo el rubro “medidas de satisfacción y no repetición”. A partir del año 2008, la Corte amplía la denominación agrupándolas en la gran mayoría de los casos en “medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición”.

Existen dos medidas de este tipo, hoy agrupables como medidas de satisfacción que son prácticamente de uso obligado en el concepto de reparación integral. Ellas son la publicación de las partes pertinentes de la sentencia y el acto público de responsabilidad internacional.

Respecto a la primer medida, cabe aclarar que por “partes pertinentes” se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH que comprende el capítulo de los hechos probados del caso de que se trate y los puntos resolutivos, esto es la declaración de responsabilidad internacional por las normas de la CADH que en caso concreto se hayan vulnerado, como así también las medidas de reparación que se hayan dispuesto en consecuencia³⁵.

La finalidad de esta medida es poner en conocimiento del público en general la existencia de una condena contra el Estado de que se trate y su contenido. El cumplimiento de esta medida se ha dispuesto en la gran ma-

de 2005. Serie C No. 135

35 Corte IDH. Caso *Las Palmeras Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 75; Corte IDH. Caso *Del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 128; y Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 118.

yoría de los casos a través de su publicación en el diario oficial o en uno de los periódicos de mayor tirada. No obstante, en otros casos se ha dispuesto, de forma separada o conjunta, que esta medida se implemente por medio de emisoras radiales de amplia cobertura³⁶, o en sitios web oficiales³⁷. En otras oportunidades ha dispuesto su traducción a determinadas lenguas o idiomas.³⁸

En cuanto a la declaración de responsabilidad internacional, no opera aquí como medio para la finalización anticipada del proceso –a través del allanamiento–, sino que en este caso, se dispone como medida de reparación, independientemente que dicho reconocimiento se haya efectuado o no en el expediente. Lo que aquí se señala es un acto público de desagravio donde el reconocimiento de la conducta lesiva de un Estado se exteriorizara a la sociedad.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha delineado algunas pautas que deben observarse para el cabal cumplimiento de esta medida de reparación. Así, se ha señalado que la ceremonia debe llevarse a cabo con el acuerdo y participación de las víctimas, si es su voluntad³⁹. La exteriorización del acto se procura mediante la realización de un acto público, salvo que la víctima consienta lo contrario. Se torna necesario que el reconocimiento de responsabilidad sea realizado por las más altas autoridades del Estado.

36 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 253; Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 108; Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 245.

37 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 220.

38 Por ejemplo la Corte ordenó que el Paraguay tradujera el resumen oficial de la Sentencia a los idiomas *sanapaná*, *enxet* y *guaraní*. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xáknok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 299.

39 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 224.

Hemos intentado sintetizar más de 20 años de jurisprudencia en unas pocas páginas, pero si lo planteamos en términos gráficos podremos observar la diferencia de diseño entre la primera y la última –a la fecha en que escribo estas líneas– sentencia de la Corte que tengan la misma base fáctica. La misma, a tenor de lo que manifestáramos anteriormente, es la desaparición forzada de personas como práctica sistemática en un período de tiempo.

Caso (Año)	Indemnización	Costas Gastos	Obligación de Investigar	Medidas de Satisfacción y No Repetición
Velazquez Rodríguez (1988)	Perjuicios materiales e inmateriales	NO	NO	NO
Gelman (2011)	Daño material Daño emergente y Pérdida de ingresos. Daño inmaterial.	Sí	Sí. El mismo debe incluir: investigación y sanción de los responsables y determinación del paradero de la víctima.	Satisfacción Se determinó la publicación de las partes pertinentes de la sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. No repetición Se estableció la obligación de crear unidades especializadas para investigar este tipo de delitos, la capacitación a funcionarios judiciales y el acceso a archivos judiciales.

Consideramos que el espectro de posibilidades que implica esta tipología de medidas continuará en permanente expansión en tanto las exigencias de cada caso que se deba resolver lo requieran.

9. Perspectivas

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH podemos extraer algunas consideraciones en orden a fijar perspectivas en el devenir de la Corte IDH.

I – La mayor amplitud de medidas comprensivas de lo que entendemos como reparación integral puede repercutir eventualmente en su cumplimiento. En efecto, en la gran mayoría de casos la indemnización compensatoria ordenada se paga sin mayores problemas, pero este nuevo abanico de opciones que tienden a reencausar la vida de las víctimas genera diversos problemas de cumplimiento sobre la base de la complejidad en su cumplimiento como una de las excusas más recurrentes de los Estados. Si bien no es objeto del presente trabajo analizar las causas y consecuencias del cumplimiento de las medidas de reparación que se disponen en el SIDH –por cuestiones de espacio en la publicación–, lo cierto es que una forma de reducir el nivel de complejidad de la medida, es delimitando con precisión tanto la medida como su modalidad de cumplimiento reduciendo de esta manera el margen de discrecionalidad de los Estados en la interpretación de la misma. Por ejemplo, no es lo mismo que la sentencia disponga como medida de reparación el otorgamiento de una beca de estudios *in genere*, a que delimite que la beca de estudio deba ser otorgada en un determinado plazo, para una determinada institución elegida por la víctima, con indicación de que si comprende sólo los gastos de matrícula o incluye útiles, medios de transporte, etc.

II – Cabe incorporar como elemento a tener en cuenta, un dato que no se ha desprendido del elemento precedente: el rol que han asumido las víctimas y sus representantes en los últimos años de la jurisprudencia de la Corte IDH, que se ha visto reflejado en sendas reformas al reglamento de la Corte. Se destaca en este punto la posibilidad que tienen las mismas para presentar de forma autónoma los respectivos escritos de solicitudes, argumentos y pruebas durante todo el proceso a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.1 del reglamento de la Corte IDH. Esto no es una cuestión menor si entendemos que el mismo damnificado participa en el diseño de lo que representa su propia necesidad de reparación integral, aunque la última palabra, por supuesto, siempre la tendrá la Corte IDH.

III – Es un momento oportuno para cambiar el paradigma de la obliga-

ción secundaria de reparar, surgida de la violación de la obligación primaria de respeto y garantía. Consideramos que en el estadio actual de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de reparar tiene el mismo carácter que la de respeto y garantía, esto es, la de ser un móvil primario de actuación en el marco de los casos por violaciones a los derechos humanos que se ventilan ante la Corte IDH.

10. Colofón

Este artículo tiene como ambiciosa intención mostrar a grandes rasgos cuál es el camino que se viene trazando en el actuar del órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección en materia de reparaciones. Ha sido un camino signado por notables avances, no sólo en la conciencia de los Estados acerca de determinadas medidas, sino en el trabajo que se ha logrado en orden a la construcción de un concepto de reparación que contemple el verdadero significado que la conducta del Estado generó en el devenir de las personas.

Al principio señalábamos que “La reparatio dispone de nuevo, reordena la vida de los sobrevivientes victimados, pero no logra eliminar el dolor que ya está incorporado ineluctablemente al cotidiano de su existencia” no habrá medida de reparación que logre borrar los efectos, “las hondas en el estanque”, que la violación al derecho humano produjo, pero no debemos dejar de trabajar en esto, el sólo hecho de lograr una tímida sonrisa en la cara de una víctima signada por el dolor, es suficiente incentivo.

11. Bibliografía

- Beristaín, Carlos Martín. 2008. *Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos* Tomo 1. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2004. *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH.
- García Ramírez, Sergio. 2002. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: UNAM.
- García Ramírez, Sergio. 2005. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979–2004*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH.

El derecho a la nacionalidad

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana (México).

Profesor titular de posgrado de la Universidad de La Sabana (Colombia).

Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la
Universidad Panamericana (México).

Resumen: El derecho a la nacionalidad es uno de los Derechos Humanos, que por su composición y características, ha recibido distinto trato en su regulación, puesto que, los marcos constitucionales han tendido a considerarlo más como un estatus jurídico de la persona, más que un derecho inherente per se. Si bien es cierto que, los distintos instrumentos internacionales, como es el caso de la Convención Americana, han dejado un cierto margen de discrecionalidad para los Estados en lo relativo a los modos de adquisición, lo que sí es un hecho, es que la nacionalidad es un derecho que no está supeditado a la voluntariedad política de los Estados. La importancia de proteger y garantizar el adecuado ejercicio del derecho a la nacionalidad es tal, que la pertinencia y viabilidad en la subsistencia de muchos otros derechos, depende precisamente de la eficacia de este Derecho.

Palabras clave: Nacionalidad; Derechos Humanos; Corte Interamericana; Unión Europea; Latinoamérica.

Abstract: The right to nationality is one of the Human Rights, which by its composition and characteristics, has received different treatment in its regulation, since the constitutional frameworks have tended to regard it more as a person's legal status, rather than a human right. While it is true that various international instruments, such as the American Convention, have left a certain margin of discretion to States regarding modes of acquisition, it is a fact that the nationality is a right that is not subject to the voluntary policy of the states. The importance of protecting and ensuring the proper exercise of the right to nationality is such that the relevance and viability in the survival of many other rights depends precisely on the effectiveness of this right.

Keywords: Nationality; Human Rights; Inter-American Court; European Union; Latin America.

Artículo recibido: 13/07/11 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

1. La regulación constitucional del derecho a la nacionalidad en América Latina.
2. Análisis sobre las sentencias y opiniones relativas al derecho a la nacionalidad emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - 2.1 Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de Enero de 1984 (Solicitada por el Gobierno de Costa Rica).
 - 2.2 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú
 - 2.3 Caso de las niñas *Yean y Bosico* vs. República Dominicana
 - 2.4 Caso *Ivcher Bronstein* vs. Perú
3. Naturaleza, titularidad y ejercicio del Derecho a la Nacionalidad.
 - 3.1 Naturaleza jurídica del derecho a la nacionalidad.
 - 3.2 Titularidad del derecho a la nacionalidad.
4. La Unión Europea
5. La doble nacionalidad
 - 5.1 Sujeto Pasivo
6. Conclusiones
7. Sentencias tomadas en consideración.

1. La regulación constitucional del derecho a la nacionalidad en América Latina.

En la escena latinoamericana, el derecho a la nacionalidad es reconocido por la totalidad de los países. Dicho reconocimiento varía en cuanto al grado de flexibilidad o rigidez de los requisitos establecidos por cada Constitución.

Una constante en cuanto a la regulación del derecho a la nacionalidad, es que todas las constituciones admiten los dos criterios tradicionales para la determinación de la nacionalidad: a) por nacimiento (ya sea por la vertiente *ius soli* o *ius sanguinis*); y 2) Por naturalización o vía legal.

Tradicionalmente, los sistemas constitucionales han reservado a las autoridades competentes, un margen de potestad para determinar los requisitos necesarios para la adquisición de la nacionalidad a través de la naturalización, así como para las modalidades para poder ejercer el derecho a la nacionalidad por nacimiento.

La temporalidad en la residencia, la intencionalidad de pertenencia a un determinado país, el hecho de contraer matrimonio, así como otros requisitos variables (ejemplo: el servicio prestado a favor de un Estado), son parámetros objetivos y perfectamente identificables en los contenidos de las distintas constituciones latinoamericanas.

Algunos países, enumeran un número mínimo de requisitos para la obtención de la nacionalidad, por parte de extranjeros que poseyendo el tiempo previsto constitucionalmente para la obtención de su residencia, pueden optar por una reducción del plazo, quedando esto a la discreción de la autoridad competente, tal es el caso de la República Argentina, cuya Constitución Política prevé lo siguiente:

Art. 8° Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en los demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias.

Art. 20° Los extranjeros... obtiene nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

En otras constituciones los plazos para adquirir la nacionalidad por parte de los extranjeros se ven agravados en su normatividad, tanto en lo cuantitativo, como en lo cualitativo. Un ejemplo de ello es lo previsto por la Constitución Política de la República de Brasil, en la cual, conforme a lo previsto por el artículo 12, fracción II, inciso b), para que un extranjero pueda adquirir la nacionalidad por residencia efectiva, deberá contar con 30 años ininterrumpidos y sin condena penal alguna.

La preferencia que un sistema constitucional ofrece respecto a la adqui-

sición de la nacionalidad por vía de naturalización, para aquellas personas que proceden de un Estado determinado, es una forma de regulación perceptible en las constituciones de Brasil (art. 12), Colombia (art. 96), El Salvador (art. 90), Guatemala (art. 145) y Honduras (art. 24). Dichos ordenamientos constitucionales flexibilizan la adquisición, tomando como sustento la cercanía o la vinculación de carácter cultural, histórica y lingüística que ciertos países poseen.

El agravamiento de los requisitos también varía en el caso de la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. El *ius soli* y el *ius sanguinis*¹, siguen incidiendo en la forma de obtener la nacionalidad.

En los sistemas constitucionales se reconoce la existencia del *ius soli* y *ius sanguini*, tomando en consideración como factor a la territorialidad, es decir, el lugar en que se nació, así como el vínculo sanguíneo de los ascendentes. Aunque parezcan parámetros de cierta universalidad, en algunas constituciones se tiene como excepción expresamente para la obtención de la titularidad de la nacionalidad, el hecho de que los padres se encuentren en una misión diplomática o en calidad de transeúntes, como en las Constituciones de Bolivia (art. 141), Brasil (art. 12), Chile (art. 10), Guatemala (art. 144), Honduras (art. 23), Nicaragua (art. 16) y República Dominicana (art. 11).

Algunos países contemplan la suspensión en el ejercicio de la nacionalidad. Dicho supuesto se da, cuando se cometen determinadas conductas prohibitivas, previstas así por los marcos constitucionales.

De igual forma, existen sistemas constitucionales que regulan la pérdida de la nacionalidad. En este aspecto, si la figura de pérdida de la nacionalidad prevista por el texto constitucional se deriva de la renuncia voluntaria de la persona, se está de acuerdo con la normatividad y sentido de la Convención Americana; cosa contraria es, si se contemplan supuestos como en las Constituciones de Chile (Art. 11, numerales 3° y 4) y Honduras (Art. 29).

La pérdida de la nacionalidad, emanada de un decreto o de algún acto de cancelación administrativa, pese a que sea prevista por los países antes mencionados –como se analizará más adelante–, no sólo es contraria a la normatividad de la Convención, sino que viola directamente la naturaleza,

1 Gómez Robledo, Alonso, 1994. Derecho Internacional y Nueva Ley de Nacionalidad Mexicana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, N. 80, México, pp. 682, 683

vigencia y ejercicio del derecho en cuestión.

El panorama actual de los diversos sistemas constitucionales latinoamericanos, evidencia que aún existen ciertas inadecuaciones en ciertos marcos constitucionales en relación al artículo 20 de la Convención Americana, principalmente en lo relativo a la pérdida de la nacionalidad. En muchas ocasiones, los requisitos establecidos a nivel constitucional, se perciben como auténticas mermas al ejercicio y eficacia del derecho a la nacionalidad.

Es por ello que las sentencias que se analizarán a continuación, ofrecen una perspectiva sobre los rubros que deben ser adicionados en los distintos marcos constitucionales, posibilitando con ello una verdadera armonía normativa y material, entre estas y la Convención Americana.

2. Análisis sobre las sentencias y opiniones relativas al derecho a la nacionalidad emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1 Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de Enero de 1984 (Solicitada por el Gobierno de Costa Rica).

En la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, presentada por Costa Rica ante la Corte Interamericana, se analizó por primera vez ante dicho órgano jurisdiccional internacional, los alcances del derecho a la nacionalidad. Esto derivado de una iniciativa de reforma que se discutiría en aquél entonces, ante el Poder Legislativo de esta nación centroamericana, cuya principal intención era modificar aspectos relativos a la adquisición de la nacionalidad: forma y modo.

La iniciativa de reforma constitucional contenía, principalmente cuatro aspectos destacados para ser contrastados a la luz de la Convención Americana: 1) El establecimiento de ciertos requisitos de preferencia para la adquisición de la nacionalidad por partes de extranjeros, cuando estos tuvieran como país de origen, aquellos determinados por el Constituyente; 2) La restricción para los extranjeros que tuviesen la procedencia de ciertos países, ya sea que fuesen nacidos o no, en el territorio costarricense; 3) El agravamiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad y; 4) La restricción para que las mujeres costarricenses pudieran contraer matrimonio con algún hombre extranjero.

La iniciativa sometida de forma preventiva al órgano jurisdiccional interamericano, presentaba una serie de modificaciones que –al parecer– presuponía una merma a la vigencia del derecho a la nacionalidad. Cabe señalar que no existían antecedentes de consultas o juicios sobre el derecho en cuestión ante las instancias interamericanas, por lo que resultaba de suyo sumamente importante que la Corte fijara los primeros parámetros que permitiese medir los alcances y naturaleza de la nacionalidad como un derecho fundamental².

La iniciativa en cuestión, causó una fuerte controversia en Costa Rica. Por una parte, prevenía el agravamiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad, y por otra, la atenuación de requisitos para los extranjeros procedentes de ciertos países. En apariencia, había una situación de discriminación proveniente del Estado costarricense al colocar elementos de preferencia, así como la existencia de una violación grave al derecho a la nacionalidad, contenido en el artículo 20 de la Convención Americana. Además de lo señalado, tal vez los aspectos que más suspicacia generaron, fueron las limitantes contenidas en esta iniciativa, para que los cónyuges extranjeros que llegaran a contraer matrimonio con mujer costarricense, pudiesen obtener la nacionalidad, situación diametralmente distinta para los hombres costarricenses que se casaren con mujeres extranjeras.

Al respecto, la Corte Interamericana en su resolución consultiva, esbozó las líneas materiales sobre las que el derecho a la nacionalidad debe moverse. Por una parte, señaló que la iniciativa en nada lesionaba el derecho a la nacionalidad, y por tanto, no vulneraba normativamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, al pretender establecer parámetros distintos, para la adquisición de la nacionalidad por parte de extranjeros. La Corte advirtió, que era una facultad potestativa del Estado, la configuración y establecimiento de los modos de adquisición de la nacionalidad, es decir, el hecho de establecer criterios de preferencia no conlleva discriminación alguna, ni vulneración del

2 Se observa que en las primeras decisiones de la Corte fijó el alcance de su competencia para conocer de la incompatibilidad, no sólo de las “leyes internas”, sino también de las Constituciones Políticas vigentes o de un proyecto de reforma constitucional incompatibles con la Convención. Rey Cantor, Ernesto, 2008. *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, Ed. Porrúa–IMDPC, México, p. 35

derecho a la nacionalidad. Este criterio es coincidente de alguna forma, con lo que se ha sostenido por la doctrina³.

De igual forma –en su opinión– la Corte precisó, que el hecho de que los Estados adhirieran requisitos para la obtención de la nacionalidad por naturalización, no constituía discriminación contraria a la Convención.

En tal sentido, se puede advertir que el derecho a la nacionalidad conforme a la regulación prevista en la Convención, posee un sentido eminentemente limitativo, esto se traduce, que los Estados no pueden sustraerse de los mandatos imperativos incluidos en el artículo 20 de dicho ordenamiento. Por tanto, toda acción que no se encuentre estipulada en los supuestos normativos del artículo en cuestión, se infiere como una facultad potestativa o discrecionalidad para los Estados⁴.

Esto se explica, en razón de que toda regulación tendiente a condicionar las formas de obtención de la nacionalidad busca evitar los casos de nacionalidad simultánea o de apátridas; por lo que esto no imposibilita el ejercicio de cualquier persona para ejercer su derecho a la nacionalidad, ni implica una privación de éste⁵.

Dicha facultad potestativa de los Estados, no puede vislumbrarse como absoluta, ya que los requisitos de adquisición de nacionalidad por vía legal podrán variar o diferenciarse respecto a la procedencia nacional de las personas, pero no lo serán respecto al género, o cualquier otro factor que pudiese propiciar algún tipo de discriminación o estadio de desigualdad⁶.

Es por ello que la Corte fue contundente en su opinión, al precisar que si constituye discriminación el hecho de que la iniciativa de reforma prevenga condiciones de preferencia en la obtención de la naturalización para algunos de los cónyuges, en razón del género que se tenga, produciéndose con ello una inadecuación formal en relación a los artículos 17.4 y 24 de la Convención.

3 Cfr. Gómez Robledo, Alonso, *Derecho Internacional y Nueva Ley de Nacionalidad Mexicana*, op. cit. p. 680

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 Cfr. Segovia, Juan Fernando, 2004. *Derechos Humanos y Constitucionalismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 36, 37

Dicha discriminación se motiva en la violación al principio de igualdad conyugal, la cual expresa la simetría y equilibrio que deben guardarse en la interacción vertida entre hombre y mujer, durante el matrimonio⁷.

Por tanto, el proyecto de reforma según la opinión vertida por la Corte Interamericana, debía proyectar las mismas condiciones para toda persona que pretenda contraer matrimonio con persona extranjera, y no circunscribirse únicamente a las restricciones previstas para el supuesto de la mujer costarricense que se casare con varón extranjero.

El privilegiar a un género respecto de otro, no sólo reduce la vigencia del derecho a la nacionalidad, sino que vulnera la igualdad de condiciones –como se mencionó– entre los cónyuges, mermando la eficacia del derecho a contraer matrimonio, tutelado también por la Convención⁸.

2.2 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú

En el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, cuya sentencia se emitió el 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana esgrimió una serie de argumentos por demás interesantes, los cuales permitieron ahondar más sobre los alcances y límites en el ejercicio del derecho a la nacionalidad.

El caso se sitúa en el contexto social de la lucha que llevó a cabo el Estado peruano en los años noventa, en contra de los diversos grupos terroristas inmersos en su territorio⁹.

Entre los diversos esfuerzos para erradicar estos movimientos, el Estado peruano dictó diversas leyes sustentadas en un estado de excepción, derivado del contexto de emergencia imperante en aquella época. Siendo la premisa primordial el combate al terrorismo, las leyes que se dictaron, buscaban reducir

7 Cfr. Aparisi, Ángela, 2007. *Varón y mujer, complementarios*, Ed. Palabra, Madrid, p. 60

8 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17.2, se reconoce expresamente el derecho a contraer matrimonio que posee toda persona, teniendo como límites la edad y demás condicionantes que establezcan las leyes internas, siempre y cuando estas no propicien o generen una discriminación o situación de desigualdad.

9 Cfr. Laplante, Lisa, J., 2007. The Law of remedies and the clean hands Doctrine: Exclusionary reparation policies in Peru's political transition, *American University International Law Review*, Vol. 23, No. 1, pp. 51-90,

la operatividad de estos grupos, por medio de acciones rápidas y certeras. Por ello, el contenido de tales normas preveía la aplicación de juicios sumarios, los cuales vulneraban los principios de certeza y seguridad jurídica¹⁰.

En el contexto de la aplicación de las legislaciones de emergencia, en especial, el Decreto Ley No. 25659 y el Decreto Ley No. 25708, fueron juzgados cuatro ciudadanos chilenos por el delito de traición a la patria. No sólo la imputación de tal delito causó controversia, sino también las graves violaciones procesales que se dieron durante la aplicación de dichas legislaciones.

Ante la instancia de la Comisión Interamericana, unos de los argumentos esgrimidos fue la violación al artículo 20 de la Convención Americana por parte de Perú, ya que al haber sentenciado a los ciudadanos chilenos por el delito de traición a la patria, se violó el derecho a la nacionalidad de estas personas, pues la conducta imputada como delito, está directamente vinculada al hecho de ser nacional.

Tomando en cuenta la posición esgrimida por la Comisión Interamericana, la nacionalidad se concibe como un vínculo de fidelidad voluntario hacia un Estado. Por tanto, la conducta establecida como punible, va dirigida a una categoría de personas, en este caso, todos aquellos que tengan la calidad de nacionales. En contra sentido, el Estado peruano, justificó la legitimidad y legalidad del Decreto, con el simple hecho de encontrarse frente a la presencia de actos y delitos considerados de lesa humanidad¹¹. De igual forma, en posición contraria a la desarrollada por la Comisión, se sostuvo que la aplicación del contenido de la Ley Penal no permite hacer distinciones de ninguna índole.

En la instancia ejercida ante la Corte Interamericana, por primera vez, se

10 Cfr. Gozaíni, Osvaldo, 2009. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 85, 86

11 Por crimen contra la humanidad, o "crimen de lesa humanidad", se entienden, a los efectos del Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en julio de 1998, diferentes tipos de actos inhumanos graves cuando reúnan dos requisitos: "la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque". Abrisketa, Joana, 2006. *Crimen contra la humanidad, Diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo*, Ed. Hegoa, Madrid, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/47> Fecha de consulta: 15/06/10

hilvanó una interpretación de tipo activista¹², en la que se definió el derecho a la nacionalidad (legal), como el vínculo jurídico-político, mediante el cual, una persona se relaciona con un Estado (determinado), obligándose a una relación de lealtad y fidelidad¹³. El Estado por su parte, debe asegurarse de que la persona extranjera que aspire a obtener la nacionalidad, se encuentre efectivamente ligado al sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer.

La Corte –en su interpretación– le dio un sentido contractual a la naturaleza del derecho a la nacionalidad por vía de naturalización, mediante la cual, cada una de las partes se obliga voluntariamente a una serie de prestaciones y deberes, siendo implícita la del Estado, no así la de la persona extranjera. Destaca como condición esencial, el vínculo de carácter social y cultural del aspirante, es decir, no basta la simple intención de pertenecer, sino que el Estado debe constatar la unión a la realidad social del país en cuestión¹⁴.

En los puntos resolutivos, la Corte Interamericana declaró que no se había violado el artículo 20 de la Convención por parte del Perú. La interpretación de la Corte hizo extensivo el delito de traición a la patria a personas

12 Véase Guastini, Riccardo, 2007. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Ed. Trotta, España, pp. 64, 65

13 En la sentencia de 30 de Mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas), en el punto 99, la Corte Interamericana señala: Este Tribunal ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a un apersona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. La adquisición de este vínculo por parte de un extranjero, supone que éste cumpla las condiciones que el Estado ha establecido con el propósito de asegurarse de que el aspirante esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer, lo dicho supone las “condiciones y procedimientos para esta adquisición (son) predominantes en el Derecho Interno.

14 Tradicionalmente, se ha concebido la idea de que todo extranjero o inmigrante que pretenda residir en un país determinado, adopta los elementos culturales, lingüísticos y tradicionales prevaecientes en dicho país, es decir, tienden a integrarse a la cultura dominante, situación que evidencia la materialización de un vínculo solvente. Cfr. Kymlicka, Will, 2003. *La política vernácula*, Ed. Paidós, Madrid, p, 323

que pertenezcan a la categoría de extranjeros, sujetando la imputabilidad del mismo, a la conducta prevista en el supuesto. Por tanto, no se puede alegar una vulneración al derecho a la nacionalidad, cuando se incurran en acciones previstas como conductas ilícitas.

El Estado peruano fue condenado a modificar aquellas normas violatorias de la Convención, así como a pagar el reintegro de costas y gastos, pero no así la indemnización de los ciudadanos chilenos quienes sufrieron violaciones graves en sus derechos procesales, en concreto, al debido proceso y a la administración de justicia.

2.3 Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana

Otro caso ilustrativo sobre los alcances y contenidos del derecho a la nacionalidad, es el celebre caso de las niñas “Yean y Bosico vs. República Dominicana”, resuelto con sentencia fechada el 8 de septiembre de 2005.

En este caso, el Estado dominicano vulneró diversos derechos humanos de las víctimas, entre estos, el derecho a la nacionalidad. Esta violación ocurrió cuando la autoridad del Registro Civil negó el registro a las niñas Yean y Bosico, pese a haber nacido en territorio dominicano.

La negación del registro trajo consigo diversos efectos negativos para las menores, configurándose con esto un cuadro de violación grave a su dignidad como personas. Un primer efecto de dicha negación, fue haberlas mantenido en un estatus continuo de ilegalidad y vulnerabilidad social; siendo un agravante, el hecho de que se trataba de menores de edad¹⁵. En segundo lugar, impedir el acceso a la nacionalidad, generó que las niñas estuviesen bajo un estado de apátridas¹⁶, violando directamente con esto lo previsto por el artículo 20 de la Convención.

15 Conforme a los diversos tratados y acuerdos suscritos por la comunidad internacional, así como la mayoría de las legislaciones nacionales, prevén el reconocimiento de delitos en contra de menores de edad, siendo tipificados como conductas agravadas, por la vulnerabilidad de la condición física y psicológica de estos.

16 Conforme al artículo 1, del capítulo I, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, se entiende por apátridas: a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

Derivado de la imposibilidad de las víctimas para obtener la nacionalidad, una de ellas, la niña Bosico, se vio impedida –arbitrariamente– de ejercer su derecho de acceso a la educación. Es por ello, que la Corte Interamericana advirtió una evidente vulneración al derecho a la nacionalidad.

Además de lo anterior, la Corte consideró que las niñas recibieron un tratamiento discriminatorio por la aplicación de requisitos distintos a los exigidos para menores de 13 años, como se puede apreciar en los párrafos 166 y 174 de la Sentencia.

Derechos fundamentales como el derecho al nombre, a la igualdad y a la personalidad jurídica, al encontrarse condicionada su vigencia al reconocimiento de la nacionalidad, se vieron afectados en su totalidad¹⁷.

Aunado a lo anterior, había un temor fundado por parte de los padres de las menores, de que las niñas fuesen expulsadas por carecer de las actas que demostrasen su personalidad y estatus jurídico, y con ello, ser separados materialmente de sus hijas; es decir, había un notorio estado de incertidumbre jurídica.

Estas violaciones a principios elementales de la dignidad humana, en la mayoría de las ocasiones, resulta imposible poder cuantificar la dimensión del daño, por carecer de parámetros de medición exactos, a diferencia de las mermas patrimoniales. A partir de este caso, por primera vez fueron valuados los daños cometidos a los principios fundamentales de la dignidad humana, permitiendo con ello fijar la indemnización por las afectaciones cometidas en la esfera individual de las niñas Yean y Bosico. Fue de esa manera como se conceptualizó la noción del “daño inmaterial”¹⁸.

17 El punto en que aparecen las divergencias con los usos jurídicos se encuentra en la segunda parte de la definición de Marshall... la ciudadanía sería el status al que se asocian ex lege todos los derechos, de forma que ésta se convierte en denominación omnicompreensiva y en presupuesto común de todo ese conjunto de derechos que él llama “ciudadanía”: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales... Para un jurista, la relación establecida por Marshall entre ciudadanía y las tres categorías de derechos que él mismo indica, resulta arbitraria, puesto que no todos estos derechos presuponen la ciudadanía como status único que incluye a todos los demás. Cfr. Ferrajoli, Luigi, 2002. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 98-99

18 La obligación de reparar todo el daño causado, pero sólo el daño causado, supone

En los puntos resolutivos de este caso, la Corte Interamericana declaró que la República Dominicana había violado los derechos a la nacionalidad e igualdad de las niñas Yean y Bosico.

Esta sentencia, sin duda es una de las más extensivas interpretativamente hablando, así como una de las más ricas argumentativamente, pues pone como base la negación por parte del Estado dominicano de reconocer el derecho a la nacionalidad de las menores, plasmando una verdadera pedagogía de cómo subsanar y reparar todos los derechos humanos quebrantados como efectos de dicha negación.

La reparación de los derechos humanos vulnerados prevista en la sentencia de la Corte, no se limitó única y exclusivamente a las menores, sino también a sus familiares. La Corte asumió la posición de que toda vez que los hechos acontecidos eran imputables al Estado Dominicano, este tenía el deber de reparar los daños efectuados, poniendo los medios necesarios para hacer cesar los efectos de las violaciones. De esta forma, siguiendo el principio *restitutio in integrum*¹⁹, la Corte Interamericana garantizó la reparación del daños, cuyas vertientes se sustentan en tres puntos: 1) en el reestablecimiento de la situación anterior a la violación de los derechos; 2) la configuración de las medidas indispensables, para asegurar en el marco constitucional y legal, se evite a futuro la afectación de derechos; y 3) el establecimiento de indemnizaciones, que deberán ser pagadas por el Estado responsable, como elemento compensatorio por los daños sufridos, cuando

siempre descubrir cuáles son y cuál es el alcance preciso de las alteraciones negativas que produce una lesión. Cuando se trata del daño no patrimonial, esta tarea impone la revisión del hombre mismo, como ser individual y social, así como la valoración de sus condiciones particulares, lo que, en no pocas ocasiones, implica considerar elementos de orden social, cultural, religioso y psicológico, entre otros, que escapan a los análisis objetivos propios del perjuicio causado a los intereses económicos. Cfr. M'Causland Sánchez, María Cecilia, 2008. *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Ed. Universidad del Externado, Bogotá.

19 Cfr. Peral Rodríguez, Fernando, 1992. La *restitutio in integrum*: el resarcimiento de los daños como prueba del valor, *Revista Justicia: revista de derecho procesal*, Universidad de La Rioja, No. 1, Logroño, pp. 103–112

sea materialmente imposible una regresión al estado anterior de las cosas.

Fue hasta el 21 de septiembre de 2001, que el Estado dominicano decidió otorgarles el registro a las niñas Yean y Bosico, para que de esta manera pudieran adquirir de forma inmediata la nacionalidad dominicana.

Subsecuentemente al otorgamiento de la nacionalidad, la Corte ordenó a la República Dominicana que adoptara todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la eficacia y vigencia de sus derechos fundamentales²⁰.

De igual manera, el Estado dominicano como autor de las diversas violaciones cometidas a los derechos humanos de las menores y los daños inmateriales derivados de tales vulneraciones, se le declaró como sujeto de responsabilidad internacional insoslayable, estableciéndose por parte de la Corte, un acto público de reconocimiento como medida de reparación hacia las víctimas.

Sin duda, el presente caso se convirtió en paradigmático, no sólo por las directrices en materia del derecho a la nacionalidad y otros derechos relacionados con éste, sino también –como se señaló– por la exigencia de restituir –a través de una indemnización cuantificada a través de la ponderación de los jueces de la Corte– los daños inmateriales, que de alguna forma, vinieron a complementar de una mejor forma la función reparadora del actuar jurisdiccional de la Corte Interamericana.

Si bien, los Estados poseen un ámbito potestativo de regulación respecto a las formas y requisitos para la adquisición de la nacionalidad conforme los criterios de las Corte Interamericana, la discrecionalidad en el otorgamiento o no de la nacionalidad, tiene como puntos rectores y delimitadores los contenidos en el artículo 20 de la Convención. Por tanto, toda vez que los Estados incurran –ya sea por actos *sub-lege*, o bien, legales– en omisiones o

20 Tejeda, Eddy, *El caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las sanciones que acarrea la privación arbitraria de la nacionalidad*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), http://www.flacso.org.do/libros/migracionyderechoshum/DILCIA_VIOLETA.pdf Fecha de consulta: 5/05/2010

en contradicciones con los supuestos normativos del numeral antes mencionado, serán inválidos a la luz del control de convencionalidad, ejercido por la Corte Interamericana²¹.

2.4 Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*

El último caso sujeto a análisis, es el caso denominado *Ivcher Bronstein vs. Perú*. La sentencia dictada en dicho caso, sin duda alguna resulta de sumo interés, pues de forma clara la Corte Interamericana detectó las vulneraciones derivadas de la violación directa del derecho a la nacionalidad. Los derechos humanos afectados no fueron objeto de una reducción por mera contingencia, sino que de un hecho matriz, de forma subsecuente y concatenada, se fueron suscitando hasta generar una serie de violaciones graves a la dignidad de Ivcher Bronstein, así como de su familia.

Ivcher Bronstein, prominente empresario del Perú fungía como Director-Presidente del Canal 2, entre otras múltiples actividades relacionadas con los negocios y la empresa. Bronstein había adquirido la nacionalidad peruana el 27 de octubre de 1984, a través de una resolución suprema dictada por el Presidente de la República.

Los contenidos transmitidos por el canal 2, en específico por el programa “Contrapunto”, en los que se realizaban severas críticas al régimen, motivaron diversos intentos por parte de varios sectores, para que saliera el programa del aire. Bajo este contexto, el Estado peruano de manera unilateral, decidió privar de su nacionalidad a Ivcher, como consecuencia de las críticas vertidas en el canal del cual él era Director.

La notificación por parte de la autoridad competente respecto de la pérdida de la nacionalidad peruana, nunca se llevó a cabo, sino que fue a través de los medio impresos que Ivcher se enteró.

El caso fue llevado a la Comisión Interamericana, la cual solicitó a la Corte Interamericana su intervención en el marco de sus facultades, para el reestablecimiento de los derechos y atributos correspondientes de Ivcher. Dentro de las peticiones formuladas, la Comisión solicitaba garantizar además del

21 García Morelos, Gumesindo, 2010. *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, Ed. UBI JUS, México, p. 26

derecho a la nacionalidad vulnerado, el derecho de propiedad, el derecho a la libertad de expresión, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios cometidos por el Estado peruano, tomando para ello las medidas administrativas y legislativas necesarias, para evitar a futuro actos que incidan en afectaciones a estos derechos.

La Corte Interamericana dictó el 21 de noviembre de 2000, en base al artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 25 del Reglamento de la Corte, el establecimiento de medidas provisionales con el fin de proteger la integridad física, psíquica y moral, no sólo de Ivcher, sino también de su familia, la cual se había visto igualmente afectada.

El Estado peruano incumplió en una primera instancia con las recomendaciones de la Comisión, de igual forma, ante la instancia de la Corte, no contestó la demanda, ni asistió a los alegatos, ni a la audiencia respectiva, aduciendo la figura de *retiro de la jurisdicción*²².

El Estado peruano esgrimió dentro de sus argumentos para privar de la nacionalidad a Ivcher Bronstein, considerarle como una persona altamente peligrosa para la seguridad nacional, justificándose a plenitud la supresión del título de nacionalidad.

La Corte Interamericana, en base a la normatividad interamericana, impulsó de oficio el procedimiento hasta su conclusión, rechazando con esto el planteamiento por parte del Estado peruano de retirarse de su jurisdicción.

Conforme a los artículos 20 y 29 b) de la Convención, así como por los artículos 2.21 y 53 de la Constitución peruana, se prevé que la nacionalidad sólo se pierde por un acto voluntario de renuncia expresa, situación que en los hechos nunca sucedió, muy por el contrario, fue el propio Estado quien de manera directa y deliberada privó arbitrariamente al Sr. Bronstein de su nacionalidad, quebrantando integralmente su derecho a esta, así como otros derivados de esta acción.

Al privarle de su nacionalidad, como consecuencia de esto, se le impidió seguir fungiendo como Director-Presidente del Canal, ya que para ser propietario y poseedor de las acciones mayoritarias, es una condición *sine qua non*

22 Cfr. Monroy Cabra, Marco Gerardo, 2007. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 430-448

tener el status de nacional. Es decir, al verse imposibilitado para ejercer su derecho a la nacionalidad, hay una serie de derechos fundamentales derivados de dicha condición que se vieron afectados en su totalidad.

La Corte Interamericana definió que la nacionalidad debe ser considerada como un estado natural del ser humano, fundamento de su capacidad política y civil²³. En ese sentido, la Corte vislumbró dos funciones esenciales del derecho a la nacionalidad. La primera función es dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones Internacionales, vinculándolo con un Estado determinado, sea por el hecho de haber nacido ahí, o bien, que haya adquirido este estatus por naturalización. La segunda función es proteger a la persona en contra de toda privación arbitraria de su nacionalidad, ya que también se le estaría privando del ejercicio de sus derechos políticos y civiles.

Los Estados poseen un ámbito flexible de potestad para regular los modos de adquisición de la nacionalidad, teniendo como límite la exigencia de proteger integralmente la vigencia de los Derechos Humanos conforme al deber de todos los países firmantes de la Convención.

En los prolegómenos de la sentencia emitida el 6 de febrero de 2001, la Corte Interamericana señaló los alcances en la adquisición de la nacionalidad por parte de una persona extranjera, entre las cuales, la más importante sin duda, es la ruptura del vínculo de fidelidad con el Estado de origen.

En los puntos resolutivos de la sentencia, la Corte declaró que el Estado peruano violó el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20.1 y 20.3 de la Convención Americana, en perjuicio de Ivcher Bronstein, además de otros derechos derivados de la violación de éste, como el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial, el derecho a propiedad privada y el derecho a la libertad de expresión. De igual forma, se incumplió con la obligación derivada del artículo 1.1, consistente en respetar todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención.

Como parte también de los puntos resolutivos, se decidió que Perú tenía

23 Tejada, Eddy, *El caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las sanciones que acarrea la privación arbitraria de la nacionalidad*, op. cit. p. 5

que investigar los hechos que generaron las violaciones materia del procedimiento y sentencia en cuestión, con el fin de sancionar a los responsables. De igual forma, ordenó al Estado peruano facilitar todas las condiciones para que Ivcher Bronstein llevara a cabo las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de su compañía. Aunado a esto, la Corte estableció el pago de la indemnización por el daño moral ocasionado a Bronstein y su familia, restituyendo con esto la afectación recibida a su dignidad como persona.

3. Naturaleza, titularidad y ejercicio del Derecho a la Nacionalidad.

3.1 Naturaleza jurídica del derecho a la nacionalidad.

El derecho a la nacionalidad se ha reconocido tradicionalmente en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, como un derecho de carácter inherente a la persona, ubicándose dentro de una dimensión axiológicamente universal²⁴.

Si bien, el derecho a la nacionalidad es fundamental e inherente a cualquier persona, su estructura neurálgica de tipo universal es ciertamente reducida, poseyendo un gran margen de discrecionalidad o potestad en su regulación, limitación y aplicación para los Estados, como encargados de su protección y vigencia²⁵.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 20, establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

24 Idem.

25 Gómez Robledo, Alonso, *Derecho Internacional y nueva ley de nacionalidad*, op. cit. pp. 680-682

Como se puede advertir, el artículo 20 de la Convención, estipula dos aspectos esenciales: 1) El derecho a la nacionalidad de cualquier persona (ya sea a la del lugar en el que nació, o bien, de aquel que tenga la posibilidad de ejercer); y 2) la obligación directa que tiene todo Estado, de no privarle de su nacionalidad a cualquier persona, de forma arbitraria.

El primer aspecto esencial que se abordará, es la naturaleza político-jurídica del derecho a la nacionalidad. Es evidente, que esta condición de dicho derecho –de cierta manera– condiciona la abstracción en su regulación normativa, dejando con ello, no sólo que los Estados legislativamente lo estructuren, sino también a los órganos jurisdiccionales, los cuales deberán realizar un trabajo de concretización a través de sus resoluciones²⁶.

En la tradición del Estado Moderno, en la que los derechos fundamentales fueron reducidos a prerrogativas dadas por éste²⁷, los derechos de carácter político, tales como el derecho a la nacionalidad, se consideraban como estratégicos para la preservación de los valores nacionales, por lo que el ser nacional de algún Estado se definía en gran parte, por el vínculo étnico, lingüístico y cultural. En la medida de que el lazo nacional se consolidaba, el Estado –se creía así– se veía fortalecido y por tanto, la amenaza de alguna disolución o invasión externa se nulificaba.

Es por ello que el proteccionismo –característica del nacionalismo²⁸– se hizo presente en buena parte de las Constituciones del siglo XX. Dicho proteccionismo privilegiaba en buena medida a los nacionales nacidos en el territorio y a los nacidos bajo un vínculo sanguíneo, por encima de los extranjeros que tuviesen la intención de adquirir la nacionalidad por vía legal.

Si bien, en los años recientes, fenómenos como el multiculturalismo, la globalización, regionalismo e inmigración, han permeado en las legislaciones de diversos Estados permitiendo una mayor flexibilidad en el establecimiento de

26 Cfr. Prieto Sanchís, Luis, 2007. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Ed. Palestra, Lima, pp. 135–137

27 Cfr. Fioravanti, Maurizio, 2007. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 136–138

28 Kymlicka, Will, Straehle, Christine, 2001. *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, Ed. IJ–UNAM, México, p. 65

criterios y condiciones para ejercer el derecho en cuestión, los Estados siguen reservándose los requisitos de concreción para la adquisición de la nacionalidad.

Es en este punto donde se puede percibir con claridad la dimensión política del derecho a la nacionalidad, el cual, no depende en su totalidad de la realidad existencial del hombre, sino de un margen potestativo de los Estados, quienes después de los lineamientos abstractos expresados en el artículo 20 de la Convención, se encuentran facultados para regular ampliamente el cómo y cuándo del acceso al estatus de nacional.

La dimensión política del derecho a la nacionalidad condiciona necesariamente la titularidad y el ejercicio de otros derechos fundamentales de esta misma índole, tales como los derechos políticos–electorales, los cuales requieren de forma *sine qua non* que la persona que pretenda ejercerlos, posea el estatus de nacional, pues de lo contrario será imposible ejercerlos²⁹.

Si bien, los derechos políticos–electorales son derechos de índole fundamental, no pueden ejercerse plenamente sino se ha cumplido con una serie de requisitos, mismos que fungen como parámetros de desarrollo para estos. Esto significa que sólo las personas que hayan cumplido con las condicionantes establecidas por el texto constitucional y las leyes secundarias de la materia se encontrarán en posibilidad efectiva de ejercerlos. Es por ello, que los derechos políticos, aunque sean derechos fundamentales de carácter inalienable, su vigencia e intangibilidad sólo es parcial³⁰. Sin duda, el derecho a la nacionalidad –como derecho matriz– es quien condiciona el ejercicio de los derechos políticos–electorales.

3.2 Titularidad del derecho a la nacionalidad.

El derecho a la nacionalidad reconocido en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que siendo universal, la titularidad de dicho derecho la ostenta toda persona por el hecho de serlo, es decir, que no hay ningún tipo de condición necesaria que deba cumplirse para su vigencia³¹.

29 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. op. cit. p. 99

30 Del Rosario, Marcos, 2008. *Reflexiones en el contexto de los derechos políticos y civiles en México*, Ed. Porrúa, México

31 Para la Corte, la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión

Es oportuno señalar la diferencia entre nacionalidad y ciudadanía. Si bien, existe una relación sensible y constante entre las dos, su esencia es completamente distinta. La nacionalidad es un presupuesto condicional para que exista la ciudadanía³². La calidad de ciudadano no es inherente al hombre, ya que no posee las características de inalienabilidad y universalidad. Por tanto, la titularidad del estatus de ciudadano puede circunscribirse perfectamente al cumplimiento de determinados requisitos y supuestos³³.

La nacionalidad condiciona a la ciudadanía, pues sin esta es imposible adquirir el estatus de ciudadano; ya que todo ciudadano requiere ser nacional del Estado al cual pertenece o se encuentra vinculado para hacer efectivas las prerrogativas que le corresponde conforme dicho estatus. Como consecuencia de esto, sin el vínculo político de ciudadano es imposible el desarrollo de los derechos políticos y electorales³⁴.

Por tal motivo, se ha señalado que el derecho a la nacionalidad funge especie de derecho madre o matriz, sin el cual, la simple existencia de los derechos políticos electorales resultaría imposible vislumbrar.

4. La Unión Europea

Trato aparte merece el derecho a la nacionalidad en la Unión Europea, en donde una serie de intereses fueron convergiendo y entrelazándose entre

de un individuo con un Estado. Se trata de un derecho fundamental e inderogable de la persona humana, ya que permite que un individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos. TEJEDA, Eddy, *El caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las sanciones que acarrea la privación arbitraria de la nacionalidad*, op. cit. p. 5

32 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. op. cit. p. 98

33 Gómez Robledo, Alonso, *Derecho Internacional y nueva ley de nacionalidad*, op. cit. p. 683

34 Santos Villareal, Gabriel Mario, 2009. *Doble nacionalidad. Marco conceptual y Derecho Comparado en América Latina*, Ed. Cámara de Diputados LXI Legislatura–Centro de Documentación Información y Análisis, México, pp. 2–3

sí, configurando una concepción de ciudadanía común (o de la Unión). Esto derivado de la integración del derecho comunitario, que implica el reconocimiento pleno y por igual para los países miembros, de una serie de derechos fundamentales y prerrogativas, sin que éstas substituyan las funciones y responsabilidades de los Estados³⁵.

Es el caso del derecho a la nacionalidad, cuyo contenido y alcances se ha venido desdoblado. Como consecuencia de la integración en un *ius cogens*, el derecho a la nacionalidad no se restringe a proteger y reconocer el vínculo político de una persona con un país determinado, sino que la unión se hace extensiva a todos los Estados miembro de la Unión. No es la conjunción de relaciones multinacionales, sino los efectos del derecho a la nacionalidad, la cual se ha edificado bajo una única noción compartida³⁶.

Bajo estas condiciones, la titularidad del derecho a la nacionalidad en la Unión Europea, la tiene toda persona que posea un vínculo legítimo con algún país o algunos de los países miembros de la comunidad. El hecho de que se reconozca e identifique la nacionalidad de una persona con un Estado europeo, lo posibilita para ejercer el derecho a la nacionalidad en cualquier país miembro de la Unión, junto con los derechos derivados de esta configuración³⁷.

Derivado de la ampliación del derecho a la nacionalidad, se propició el ejercicio a plenitud de la libertad de circulación por los distintos territorios de los Estados miembro de la Unión, derecho fundamental consagrado en el artículo 2 del Protocolo Adicional 4º de la Convención Europea de Derechos Humanos³⁸.

El artículo 2 del mencionado Protocolo Adicional, menciona que: 1) Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado, tiene dere-

35 Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, 2008. *Los fundamentos del Derecho Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, pp. 117-120

36 López Pina, Antonio, 2004. *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Ed. Dykinson, Madrid, p. 266

37 *Ibidem* p. 265

38 García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, 2009. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 930

cho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia; 2) Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo; 3) El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, seguridad pública³⁹.

Si bien, el reconocimiento del derecho en cuestión surgió en buena medida para facilitar el intercambio y actividad económica⁴⁰, a través de la libre entrada de las personas a los distintos Estados teniendo como fin el desarrollo profesional, o simplemente por cuestiones laborales de subsistencia,⁴¹ implica de *facto* una libertad deambulatoria por los diversos territorios, sin que existan restricciones de ningún tipo por poseer la nacionalidad comunitaria.

Como consecuencia lógica del hecho de ser nacional comunitario, las personas pueden circular libremente por los distintos territorios de los Estados con la única limitante de no atentar contra la seguridad nacional y pública, o por realizar actos que pongan en riesgo a la sociedad democrática. Además de lo anterior, para ejercer la libre deambulación se deben cumplir con los requisitos formales, como obtener todos los documentos de viaje, etc., pero fuera de estos supuestos, los individuos no serán sujetos a restricción o limitación de ninguna índole, pudiendo gozar de los beneficios sociales del Estado en el cual se resida: prestaciones, empleo, salud, educación, etc.⁴².

5. La doble nacionalidad

Diversos sistemas constitucionales han optado por la inclusión de la figura de la *doble nacionalidad*, la cual consiste en reconocer a la persona su derecho a ejercer dos o más nacionalidades⁴³. Esto implica –bajo este criterio–, que un individuo materialmente puede ejercer una nacionalidad, sin implicar

39 Idem.

40 Ibídem p. 933

41 Ibídem p. 932

42 Ibídem p. 935

43 Cfr. Santos Villareal, Gabriel Mario, *Doble nacionalidad. Marco conceptual y Derecho Comparado en América Latina*, op. cit. p. 8–9

que ha renunciado definitivamente a la posibilidad de ejercer otra(s) que bajo derecho le corresponde, ya sea por *ius soli*, *ius sanguini* o naturalización⁴⁴.

Por otra parte, existen legislaciones que restringen totalmente el ejercicio de la doble nacionalidad, estipulando que la única será aquella que formal y materialmente se ostente a través de las diversas formas de adquisición previstas por la legislación constitucional.

El caso de Ecuador resulta muy ilustrativo, pues la regulación del derecho a la nacionalidad prevista por su ley fundamental es altamente progresista y flexible, haciendo más dúctil la concreción de dicho derecho⁴⁵. Conforme a la tendencia actual, los sistemas constitucionales deberán considerar mecanismos que permitan un mayor margen de movimiento para sus habitantes. Factores como la migración, la globalización, la regionalización, entre otros, conllevan a que exista una constante deambulación, por lo que los Estados deberán diseñar estructuras jurídicas solventes para que se garanticen los derechos de toda persona, facilitando –en la medida de lo posible– que adquieran el estatus de nacional y ciudadano con independencia de su procedencia. Bajo el contexto actual, el concepto de nacionalidad y ciudadanía requiere ser lo suficientemente amplio, y de esta forma se protejan los diversos derechos fundamentales de las personas, sin que existan restricciones de ningún tipo por causas aducidas a la pertenencia o no a un Estado o a un grupo étnico determinado⁴⁶.

5.1 Sujeto Pasivo

Como se ha venido analizando, el derecho a la nacionalidad posee una dimensión política, aspecto que evidencia una fuerte intervención del Estado, no sólo para su reconocimiento, sino también para su vigencia.

Son los Estados quienes poseen la obligación indelegable e insustituible de proteger el derecho a la nacionalidad de las personas. Como se vio en los

44 Gómez Robledo, Alonso, *Derecho Internacional y nueva ley de nacionalidad*, op. cit. p. 682

45 Los artículos 6, 7 y 8, evidencian la cualidad de apertura de la Constitución, eliminando límites en el ejercicio y en la adquisición del derecho a la nacionalidad.

46 Cfr. Sartori, Giovanni, 2002. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Ed. Taurus, México, pp. 99–105

casos desahogados y resueltos ante la Corte Interamericana, las afectaciones respecto al derecho a la nacionalidad de las personas que fueron demandantes ante la instancia interamericana, fueron en su totalidad por actos de los Estados.

El Estado se erige como sujeto pasivo, pues tiene el deber de cumplir con los supuestos establecidos a nivel constitucional y por la Convención Americana. Dicha obligación tiene dos vertientes: 1) La primera se materializa al momento de reconocer el derecho a la nacionalidad de las personas, conforme a los modos y formas previstas por la Constitución (armonizadas con los contenidos de la Convención en su artículo 20). A ninguna persona se le debe impedir el acceso y ejercicio de la nacionalidad que le corresponda, siendo por tanto el Estado el encargado de garantizar y hacer efectivo esta situación, ya que sólo él es quien puede reconocer la nacionalidad⁴⁷; 2) La segunda obligación del Estado como sujeto pasivo es proteger el ejercicio constante y pleno del derecho a la nacionalidad de las personas, esto implica que se deberán establecer los mecanismos necesarios para que por ningún motivo o circunstancia, las personas puedan ser privadas de su nacionalidad de forma arbitraria.

El trasfondo de estas obligaciones, pueden sintetizarse en la permanente protección del Estado, para salvaguardar el acceso de las personas a la nacionalidad que le corresponde, así como la protección de cualquier acto que pudiera poner en riesgo su nacionalidad y otros derechos relacionados con ésta.

A diferencia de otros derechos fundamentales, los cuales pueden ser vulnerados por agentes distintos a los del Estado, en el caso del derecho a la nacionalidad se puede afirmar, que el sujeto pasivo está circunscrito a la figura del Estado por su función y ubicación como ente generador y defensor del estatus de nacionalidad de las personas⁴⁸.

47 Gómez Robledo, Alonso, *Derecho Internacional y nueva ley de nacionalidad*, op. cit. p. 679

48 Idem.

6. Conclusiones

En las sentencias anteriormente comentadas, se puede evidenciar cómo la Corte Interamericana fue configurando los alcances del derecho a la nacionalidad, sobre todo en cuanto a los límites de los Estados en relación a su competencia.

La definición y concreción del derecho a la nacionalidad para su eficacia y funcionalidad depende en algunos aspectos, de la regulación que brinden los Estados, es decir, que en base a lo previsto por el artículo 20 de la Convención Americana, estos poseen la facultad potestativa para establecer los requisitos considerados como necesarios o indispensables para la adquisición de la nacionalidad, siempre y cuando no se genere con esto una situación de desigualdad o discriminación.

De igual forma, la Corte Interamericana ha tutelado de forma efectiva el punto número 3 del artículo 20 de la Convención, resarciendo las afectaciones cometidas a las personas que fueron privadas arbitrariamente de su nacionalidad, así como a aquellas a quienes se les impidió el acceso a esta, siendo que por derecho les correspondía.

Las reparaciones no sólo se han limitado al pago de indemnizaciones por los daños materiales o inmateriales, sino también en los mandatos emitidos por la Corte Interamericana hacia los Estados, para que diseñen en sus marcos constitucionales y legales, los mecanismos necesarios para garantizar el ejercicio y adecuada protección del derecho a la nacionalidad.

El derecho a la nacionalidad en cuanto a su reconocimiento, tiende a un desdoblamiento por la mayor flexibilidad que ha venido adquiriendo, en gran parte por los fenómenos de multiculturalización y globalización que el mundo actual vive. Aunque sin duda, su principal reto en Latinoamérica, es que se concreten los alcances del derecho a la nacionalidad, haciendo efectivo su ejercicio sin que existan factores políticos, sociales o económicos que impidan su reconocimiento o propicien su vulneración.

7. Sentencias tomadas en consideración

Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, resuelto con sentencia fechada del 6 de febrero de 2001.

Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de Enero de 1984 (Solicitada por el Gobierno de Costa Rica).

Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, resuelto con sentencia fechada del 30 de mayo de 1999.

Caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, resuelto con sentencia fechada el 8 de septiembre de 2005.

La Convención americana sobre Derechos Humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe

Ligia Mariela De Jesús

Profesora en Ave Maria School of Law (Estados Unidos)
Maestría en Leyes, Harvard Law School, Cambridge (Estados Unidos).
Maestría en Derecho Internacional y Organismos Internacionales, Universidad de
Groningen (Holanda). Especialidad en Derechos Humanos,
Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras).

Resumen: Los Estados parte de la Convención Americana otorgaron explícitamente protección a la vida desde el momento de la concepción en el artículo 4(1), protegiendo al niño no nacido, como sujeto de derechos, de cualquier acto que intencionalmente cause su muerte o destrucción. Si bien la Corte Interamericana ha sido benevolente frente a esta disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido inconsistente en su aplicación, variando su posición al respecto a través de las últimas décadas, promoviendo en ocasiones la legalización del aborto o su reconocimiento como derecho humano. Sin embargo, una correcta interpretación del artículo 4(1) por parte de la Comisión o la Corte aplicaría las normas internacionales de interpretación de los tratados y concluiría que la Convención protege la vida del niño no nacido contra todo tipo de aborto voluntario o tecnologías reproductivas que atenten contra su vida y que los Estados parte tienen no sólo la obligación de garantizar este derecho sino de prevenir violaciones al mismo.

Palabras clave: Convención Americana artículo 4; derecho a la vida; concepción; no nacido, aborto.

Abstract: States parties to the American Convention granted explicit protection to life from conception in article 4(1), protecting the unborn child, as subject of human rights, against any acts that intentionally cause his death or destruction. Although the Inter-American Court of Human Rights has had a benevolent approach to this provision, the Inter-American Commission on

Human Rights has been inconsistent in its application, changing its position throughout the last decades, occasionally promoting the legalization of abortion or its recognition as a human right. However, a correct interpretation of article 4(1) by the Court or the Commission would apply international norms of treaty interpretation and conclude that article 4(1) supports the unborn child's protection from all forms of elective abortion or reproductive technologies that attempt against his life and that states parties have not only a duty to enforce this right but to prevent violations thereof.

Keywords: American Convention article 4; right to life; conception; unborn; abortion.

Artículo recibido: 03/08/11 Aprobado: 10/10/2011

Sumario

1. El derecho a la vida desde la concepción en la Convención americana y la declaración de los Derechos del hombre
2. Jurisprudencia de la Corte
3. Informes de la CIDH
4. Aplicación de las normas internacionales de interpretación de los tratados
 - 4.1 Sentido corriente del texto del tratado
 - 4.2 Interpretación no restrictiva del derecho a la vida
 - 4.3 Práctica de los Estados y opinio juris
5. Potencial desarrollo de los derechos del no nacido en el Sistema interamericano
 - 5.1 Derechos del niño no nacido
 - 5.2 Personalidad jurídica del no nacido
 - 5.3 Igualdad del no nacido ante la ley
 - 5.4 Derechos económicos, sociales y culturales
6. Conclusión

1. El derecho a la vida desde la concepción en la Convención Americana y la Declaración de los Derechos del Hombre

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana)¹ es frecuentemente citada por cortes² y juristas internacionales³ como el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido⁴ existente en un tratado internacional⁵.

- 1 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- 2 Ver, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo v. France*, Sentencia del 8 de Julio, 2004, párr. 75. Disponible en base de datos HUDOC <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>
- 3 Por ejemplo, en 1987, Dinah Shelton, actual comisionada en la CIDH, señaló que la Convención Americana es única respecto a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en su patente reconocimiento de un “derecho a la vida prenatal”. Ver Dinah Shelton, *International Law and the Protection of the Fetus in Abortion and the Protection of The Human Fetus, Legal problems in a cross-cultural perspective*. (Stanislaw J. Frankowski, George F. Cole eds., 1987)
- 4 Para propósitos de este artículo, se entenderá por “niño no nacido” o “no nacido” el embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.
- 5 Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protegen la vida y la salud del no nacido. Por ejemplo, el artículo 24 (2) (d) de la Convención sobre Derechos del Niño y el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo VII de la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de

Mediante la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, 24 Estados latinoamericanos y del Caribe⁶ reconocieron que la vida comienza desde el momento de la concepción y otorgaron al niño no nacido protección como sujeto de derechos humanos en el artículo 4(1) de la Convención:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración o Declaración Americana)⁷, en 1948, los Estados miembro de la O.E.A.⁸ reconocieron un derecho a la vida universal

acuerdo al artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

6 Hasta julio del 2011, los siguientes Estados han ratificado la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. See American Convention on Human Rights “. Ver Convención Americana, Estado de Firmas y Ratificaciones. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.

7 Aprobada en la Novena Conferencial Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948). Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>.

8 Hasta julio del 2011, los siguientes Estados son miembros de la O.E.A.: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vincent e y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Ver Carta de la Organización de Estados Americanos, estado de firmas y ratificaciones. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm

declarando que “todo ser humano tiene derecho a la vida[...]” en el artículo I, cuyos *travaux préparatoires* incluían específicamente un derecho a la vida “desde la concepción” a favor de “los que todavía no han nacido”⁹.

2. Jurisprudencia de la Corte

Hasta la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte Interamericana) no ha emitido ninguna sentencia ni opinión consultiva sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción, establecido en el artículo 4(1) de la Convención. En un futuro cercano, sin embargo, la Corte conocerá del caso *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, mediante el cual se busca crear un derecho humano a fertilización in vitro y a la concepción artificial que ocasiona destrucción y pérdida embrionaria.

Por ahora, sin embargo, la Corte se ha referido a niños no nacidos como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos 3 casos: *Caso de los Hermanos Gómez–Paquiyaury vs. Perú*¹⁰, donde la Corte otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido, Jorge Javier, *Caso del Penal Miguel Castro–Castro vs. Perú*¹¹ y *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*¹².

9 Ver CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141(Estados Unidos), 6 de marzo (1981); OEA/Ser.L/V/II.54 (1980–1981) [en adelante Baby Boy], paras. 14(a) & 19(b). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>, citando Actas y Documentos, Documento CB–310/CIN–31, Vol. V, pág. 449.

10 Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 67(x), 216 y nota 62.

11 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. 197(57) y 292. Ver también Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 61, donde también se refiere a los no nacidos como “niños”.

12 Ver Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153., párr. 160(b)(iii) y 161, donde la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano y párr. 100(b), donde indica que su

Asimismo, la Corte se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*¹³. Además, en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud pre-natal¹⁴.

3. Informes de la CIDH

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o CIDH) ha tenido una actitud inconsistente respecto al derecho a la vida desde la concepción a través de los años, dependiendo de los miembros que la integran.

Ante todo, es importante recordar que la Comisión, no obstante su prestigio e influencia política en la región, no es un tribunal internacional sino un órgano *quasi* judicial del Sistema Interamericano. Entre sus facultades están mediar soluciones amistosas, otorgar medidas cautelares y emitir informes sobre peticiones individuales relativas a violaciones a los derechos humanos en los Estados parte de la Convención Americana¹⁵. Su función es, por lo tanto, primordialmente política y pragmática pues sirve como foro de resolución de disputas y filtro de la Corte Interamericana¹⁶. Sin embargo, la CIDH no produce

madre Gladis Esther Ríos de Mancuello, se encontraba embarazada en dicha fecha.

13 Ver Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

14 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

15 Ver artículos 41 a 44 de la Convención Americana.

16 Ver Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

jurisprudencia vinculante sobre los Estados parte de la Convención ni sobre la Corte¹⁷. De hecho no emite sentencias, sino resoluciones e informes (e.g., informes de admisibilidad y de fondo).

Hasta la fecha, la Comisión no ha publicado ningún informe de fondo bajo el artículo 50 de la Convención, su informe de mayor formalidad, relativo al derecho a la vida desde la concepción. Sin embargo, ha emitido una serie de informes menos formales relacionados directa o indirectamente al artículo 4(1) de la Convención Americana.

Baby Boy vs. Estados Unidos (1981)

Por medio de la resolución 2141, la Comisión se pronunció por primera vez respecto a la legalización del aborto, declarando que el aborto provocado de Baby Boy (un feto masculino, saludable, de aproximadamente 6 meses de gestación)¹⁸, permitido por la ley en Estados Unidos, no constituía una violación de la Declaración Americana¹⁹.

Por otra parte, la Comisión aceptó al no nacido como sujeto de derechos, aceptando implícitamente competencia *ratione personae* sobre la víctima, Baby Boy²⁰. A pesar de su opinión a favor de la legalización del aborto en Estados Unidos, no llegó a afirmar la existencia de un derecho al aborto ni indicó una obligación positiva de legalizar o subsidiar dicha práctica. Además, indicó

17 La Corte se ha apartado de las recomendaciones de la Comisión total o parcialmente en varias ocasiones: Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161.

18 Ver Commonwealth of Massachusetts v. Kenneth Edelin, 371 Mass. 497 (1976).

19 Ver Baby Boy.

20 Dinah Shelton, actual miembro de la CIDH, comentando Baby Boy, indicó que la admisión de la petición contra Estados Unidos implicaba una aceptación del feto como “persona”, abriendo la posibilidad de que otros casos de muerte o lesión fetal puedan ser presentados en base a esta resolución. Ver Shelton, Dinah. Abortion and Right to Life in the Inter-American System: The Case of Baby Boy, 2 HUM. RTS. LJ. 309 (1981), pág. 312.

que “un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4”²¹.

Dada la particular naturaleza de las peticiones contra Estados Unidos, que no ha ratificado la Convención Americana, la Comisión no emitió informe de admisibilidad ni de fondo, sino una resolución de menor formalidad, relevante únicamente en cuanto al cumplimiento de la Declaración Americana, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 53-57 del Reglamento de la CIDH de 1960 (vigente en aquel momento) y en el artículo 24 del Estatuto de la Comisión.

Paulina Ramírez vs. Mexico (2007)

En este acuerdo de solución amistosa, la Comisión cooperó con un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) que promueven la legalización del aborto en México, apremiando al Estado mexicano de Baja California a otorgar reparaciones en efectivo y en especie a Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, madre adolescente, por supuestas violaciones a sus derechos reproductivos. Dichas violaciones consistirían en permitir que ésta fuera expuesta a consejería y materiales pro vida, interfiriendo así con su supuesto derecho a abortar después de sufrir una violación sexual y obligándole a dar a luz a su hijo Isaac de Jesús Ramírez Jacinto²².

Desde 2002 a 2007, la CIDH facilitó varias reuniones entre las organizaciones Center for Reproductive Rights y el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), entre otros, y el gobierno del Estado de Baja California, que resultaron en un acuerdo de solución amistosa, en el cual el Estado se allanó a todas las demandas de los peticionarios y asumió numerosos compromisos, como proveer generosas reparaciones por “daño moral” a Paulina por el nacimiento de su hijo no deseado²³, reformar su legislación interna para agilizar los procedimientos para realizar abortos, minimizar el acceso a la información o consejería pro vida y publicar una disculpa pública en los

21 Ver Baby Boy, párr. 14 (c).

22 CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02 (Solución amistosa), Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo (2007), párr. 11-12.

23 Ibid., párr. 16, incisos 1&9.

diarios de mayor circulación, entre otros²⁴. Posteriormente, la Comisión dio seguimiento al cumplimiento de dichos compromisos y celebró la celeridad con que el Estado cumplió con sus “obligaciones asumidas en los tratados”, haciendo vagas referencias a la Convención de Belém do Pará, los derechos de la mujer, el aborto como servicio de salud y la igualdad y no discriminación²⁵.

James Demers vs. Canada

Esta petición consiste principalmente en una denuncia por violaciones del derecho a la libertad de expresión de un activista pro vida, condenado criminalmente por protestar pacíficamente frente a una clínica de abortos. Adicionalmente, la petición incluye una denuncia por violación del derecho a la vida de los no nacidos canadienses, en virtud de la Declaración Americana (ya que Canadá no es parte de la Convención)²⁶. La primera denuncia fue admitida, sin embargo, la segunda fue declarada inadmisibile por falta de competencia *ratione personae*, ya que, de acuerdo a la Comisión, la denuncia en nombre de los “cientos de miles de niños no nacidos y sus madres” y/o de una menor y su madre referidas por el peticionario fueron formuladas *in abstracto*, al estilo de un *actio popularis*, faltando entonces el requisito necesario de individualización y determinación de las supuestas víctimas²⁷.

Por otra parte, la Comisión no negó la prohibición del aborto voluntario contenida en el artículo 4(1) de la Convención²⁸, a pesar de que el Estado de Canadá alegó reiteradamente que en base a la decisión en *Baby Boy*, los “abortos prestados legalmente no violan ningún derecho protegido por la Declaración”. Tampoco declaró la denuncia en cuanto a la vida de los no nacidos como “manifiestamente infundada e improcedente” como solicitó el

24 Ibid., párr. 5–8, 16. Ver Pronunciamiento Público de Responsabilidad en Anexos.

25 Ibid., párr.17–19.

26 CIDH, Informe No. 85/06, Petición 225–04 (Admisibilidad), James Demers, Canadá, 21 de octubre (2006).

27 Ibid. párr. 40–45.

28 Para propósitos del presente artículo, entiéndase por aborto voluntario el aborto provocado intencionalmente, con consentimiento de la madre, ya sea quirúrgico o farmacológico.

Estado²⁹. Asimismo, la Comisión aceptó a los niños no nacidos como supuestas víctimas de violaciones bajo la Convención, siempre y cuando las denuncias en nombre de éstos fueran individualizadas³⁰.

*Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica (anteriormente Ana Victoria Sanchez Villalobos vs. Costa Rica y Petición 12.361)*³¹ y *Daniel Gerardo Gomez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*³²

En ambas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegan violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, cuya Corte Suprema prohibió la práctica de la fertilización in vitro (FIV) desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento³³.

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, la pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo³⁴. La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361* y luego a *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pero no hizo mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones

29 CIDH. Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), párr. 31, 38 & 39.

30 Ibid. párr. 42 & 44.

31 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 69.

32 CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010).

33 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2, 17 & 30.

34 Ver *Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica*, ACIPRENSA (2008), <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767>

admisibles respecto a los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 11 (2) (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la Ley), entre otros; e inadmisibles en relación a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y artículo 8 (garantías judiciales), *inter alia*³⁵.

En agosto del 2010, la CIDH emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361 (no publicado hasta octubre del 2011) y, un año después, en agosto del 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización in vitro en Costa Rica constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres³⁶.

Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV a pesar de la protección a la vida del embrión contenida en la Convención Americana³⁷. De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para aprobar que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido³⁸.

35Ver CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), Conclusiones, párr. 1 & 3 e Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canada, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.

36 CIDH, Comunicado de Prensa No. 91/11, CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la Corte IDH. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm>

37 Ver Murillo, Alvaro (2011). *La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro*, Diario El País (San José, Costa Rica), 12 de julio, 2011, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Costa/Rica/catolica/atasca/fertilizacion/in/vitro/elpepuintlat/20110712elpepusoc_12/Tes

38 E.g., Avendaño, Carlos (2011), *Fecundación in vitro: trámite exprés*, <http://www2.diarioextra.com/2011/marzo/15/opinion04.php> y “CIDH Extends Deadline For Approval Of Law For In-Vitro Fertilization In Costa Rica” en <http://insidecostarica.com/dailynews/2011/>

El caso, que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Interamericana, presenta un ataque frontal al derecho a la vida desde el momento de la concepción en los Estados parte de la Convención Americana. Si la Corte Interamericana decidiera, tal como solicita la Comisión, crear un derecho humano a las técnicas de reproducción artificial que resultan en destrucción embrionaria, Costa Rica y todos los Estados parte de la Convención Americana estarían obligados a legalizar y subsidiar dichas técnicas y se verían en la imposibilidad de limitar o regular el uso de dichas tecnologías por parte de su población. Asimismo, sería la primera ocasión en que un tribunal internacional en el mundo afirmaría la existencia de tal derecho, pues incluso el Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, que generalmente aplica un estándar de protección mucho más bajo a la protección de la vida del no nacido, negó recientemente la existencia de un derecho humano a la fertilización in vitro en *S.H. y otros vs. Austria*³⁹.

MC 43-10 “Amelia” (Nicaragua)

Aunque la Comisión ha sugerido en los informes anteriormente mencionados que la legalización del aborto es compatible con la Convención Americana; en otras instancias, como en el caso de *Amelia*, se ha negado a crear un supuesto derecho al aborto. Recientemente, varias ONG por la legalización del aborto en Nicaragua (entre ellas, Católicas por el Derecho a Decidir)⁴⁰ solicitaron a la Comisión otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastático, cuyos médicos se negarían a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo⁴¹.

february/24/costarica11022402.htm

39 See European Court on Human Rights, *Case of S.H and Others v. Austria*, Judgment, April 1, 2010.

40 Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Católicas por el Derecho a decidir, el Grupo Feminista de León, el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe.

41 Ver Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2010. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2010.sp.htm>

La Comisión, sin embargo, se negó a ordenar el aborto solicitado y emitió medidas cautelares limitadas al tratamiento médico de la supuesta víctima, solicitando al Estado de Nicaragua “que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastático”⁴². Así, la Comisión evitó dar reconocimiento a un supuesto derecho al aborto “terapéutico”, resolviendo que la supuesta víctima se encontraba en necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

El Estado de Nicaragua cumplió con las medidas dentro del plazo de 5 días otorgado para responder a la CIDH, brindando quimioterapia a Amelia, lo cual le produjo la muerte de su niño no nacido en el vientre materno. Posteriormente, insatisfechas con el resultado de las medidas, las organizaciones involucradas en la petición condenaron como “inhumano” el hecho de que Amelia había llevado su embarazo a término, alegando que el niño no nacido había sido para ella “una carga que, además de inviable, le quitaba energías para luchar contra su enfermedad”⁴³.

Además de esta solicitud de medidas cautelares, existen otros informes en los que la CIDH ha condenado algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión expresó que “el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”⁴⁴. Asimismo, en 1995 se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a “golpes en los pechos y el

42 Ibid.

43 Ver *Feministas en Resistencia Honduras*, Aborto en Centroamérica: una región donde se acumula la injusticia, 29 de septiembre, 2010, <http://feministascontraelgolpehn.blogspot.com/2010/09/aborto-en-centroamerica-una-region.html>

44 Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS/Ser.L/V/III/27, Doc. 11 rev., 6 marzo 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar” como una forma de “tortura sexual”⁴⁵.

4. Aplicación de las normas internacionales de interpretación de los tratados

4.1 Sentido corriente del texto del tratado

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena)⁴⁶, artículo 31, la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana debe comenzar con el texto mismo del tratado. La Convención de Viena establece que esta interpretación debe llevarse a cabo de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Una interpretación de buena fe y de acuerdo al sentido corriente de los términos del tratado ciertamente llevaría a concluir que el artículo 4(1) protege al niño no nacido contra todo aborto provocado intencionalmente o todo acto voluntario tendiente a su destrucción, ya que la Convención claramente protege la vida humana *in utero* desde el momento de la concepción, no a partir del nacimiento. En *Baby Boy*, el Comisionado Monroy señaló que: “Si la interpretación de los acuerdos internacionales debe ser de buena fe, textual, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, no hay duda de que la protección del derecho a la vida debe comenzar desde la concepción” y que “el aborto atenta contra el derecho a la vida”⁴⁷.

En este sentido, los Estados parte han manifestado su entendimiento

45 Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Capítulo IV: la Situación de los Derechos Humanos en Haití*, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>

46 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de enero de 1980.

47 Ver *Baby Boy*, Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, párr.6 y 9.

de que la Convención Americana prohíbe el aborto y protege la vida del no nacido desde la concepción. Por ejemplo, en declaraciones de reserva hechas en las Conferencias Internacionales de Beijing y Cairo, varios países como El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana invocaron la Convención Americana al rechazar interpretaciones de términos relacionados con la salud reproductiva que incluyeran un supuesto derecho al aborto⁴⁸.

4.2 Interpretación no restrictiva del derecho a la vida

La Corte ha expresado reiteradamente que el derecho a la vida es universal, inalienable, no-derogable y esencial para el ejercicio de cualquier otro derecho humano, reiterando que cualquier enfoque restrictivo del mismo es inadmisibles⁴⁹.

Como derecho universal, el derecho a la vida pertenece a toda persona a partir del momento de su concepción, de acuerdo al artículo 4 de la Convención. Por lo tanto, no puede ser otorgado exclusivamente a ciertas categorías

48 Ver Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, U.N. Doc A/CONF.171/13/Rev.1(1994), disponible en http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf e Informe de la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Mujer, U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1(1996). Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

49 Ver Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 60; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82–83; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 82.

de personas: a los nacidos pero no a los no nacidos, a los niños deseados pero no a los no deseados, a los sanos pero no a los que están afectados por enfermedades congénitas. Tales distinciones claramente constituirían líneas arbitrarias y discriminatorias en la protección del derecho a la vida, y la arbitrariedad en la privación de este derecho se encuentra específicamente prohibida por el artículo 4(1).

Como derecho inalienable y reconocido en la Convención Americana⁵⁰, el derecho del no nacido a la vida desde el momento de la concepción, no le puede ser arrebatado o suspendido, su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la Convención Americana que establecen que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

El artículo 27(2) de la Convención establece que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. Al respecto, la Corte ha interpretado este artículo expresando que el derecho a la vida es inderogable pues no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados parte⁵¹. La derogación de la vida del niño no nacido autorizando su muerte o destrucción por simple acto de voluntad de sus padres sería por lo tanto, una violación de este principio. Igualmente, la derogación del derecho a la vida desde la concepción en base a cálculos de proporcionalidad entre la vida del no nacido y el supuesto derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer atentaría contra la Convención pues, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte “el derecho a la vida es un derecho

50 Ver artículo 29 (c) de la Convención Americana.

51 Ver Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr.. 82; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119.

humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos⁵², razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

Asimismo, la Corte ha expresado que “El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado⁵³ y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo⁵⁴. La Comisión, sin embargo, propuso una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción en *Baby Boy*, sugiriendo que, en virtud de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1), la Convención podría permitir la legalización del aborto en el ámbito doméstico⁵⁵. Interpretaciones del derecho a la vida desde la concepción como ésta serían tan restrictivas que, de ser aplicadas, eliminarían la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de este en la excepción, en lugar de la norma.

Si bien el término “en general” podría, en efecto, indicar legítimas excepciones al derecho a la vida, o al derecho a la vida desde la concepción en particular, como alegó la Comisión en *Baby Boy*, estas serían, sin embargo, extremadamente limitadas de acuerdo a un enfoque no restrictivo del derecho a la vida. Excepciones no restrictivas al derecho a la vida comprendidas en la expresión “en general” podrían incluir la legítima defensa, reconocida por todas las jurisdicciones de la región, el homicidio culposo, excepciones creadas por

52 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; y Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152.

53 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 3.

54 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 14; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

55 *Baby Boy*, párr. 25.

el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado, o incluso excepciones para el aborto involuntario, e.g. aquel ocurrido durante tratamientos médicos no-abortivos, o aquel en que el estado de embarazo de una víctima era desconocido.

En cuanto a la intención legislativa al introducir la expresión “en general”⁵⁶, es importante mencionar que, durante los *travaux préparatoires* de la Convención, esta fue introducida por la CIDH (de la cual el relator de *Baby Boy* era miembro en ese momento), no por iniciativa de ningún Estado parte ni por consenso democrático de éstos⁵⁷, mas no existe ningún indicio de que los Estados parte intentaran crear excepciones al derecho a la vida para la legalización del aborto voluntario mediante su inclusión en el texto final de la Convención. El examen de los *travaux préparatoires* de la Convención revela que los Estados latinoamericanos intentaron otorgar protección a la vida del no nacido contra el aborto voluntario desde el inicio del proceso de adopción y ratificación de la Convención Americana. El derecho a la vida desde la concepción fue reconocido explícitamente desde el primer Proyecto de Convención redactado por el Comité Interamericano de Jurisconsultos⁵⁸ hasta la Conferencia Especializada en Derechos Humanos, Conferencia de San José, donde los Estados parte rechazaron sugerencias de eliminar esta protección para permitir que los países legalizaran “los más variados casos de aborto”⁵⁹, y reiteraron su voluntad de proteger la vida del no nacido⁶⁰. El Estado de Ecuador solicitó la eliminación de la expresión “en general”, intro-

56 La intención legislativa de los Estados parte al adoptar la Convención Americana podría ser examinada si, de acuerdo al artículo 31 (4) y 32 de la Convención, la interpretación textual dejara ambiguo u oscuro el sentido de la Convención o condujera a un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”.

57 *Baby Boy*, párr. 25.

58 *Baby Boy*, párr. 21.

59 Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7-22 de noviembre, 1969), pág. 121 y 160. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15388.pdf>

60 *Ibid.*, pág. 121, 159-160.

ducida por la Comisión⁶¹, y el Presidente de la Comisión de Trabajo, también representante de Venezuela indicó en cuanto al derecho a la vida desde la concepción, que “no puede haber concesiones”, juzgando “inaceptable una Convención que no consagre dicho principio”⁶². Asimismo, varios Estados, como Chile y El Salvador, apoyaron propuestas destinadas a proteger la vida desde el momento de la concepción⁶³.

Por el contrario, sí existe evidencia de que los Estados debatieron el tema de la pena de muerte, considerado por varios Estados como una legítima excepción al derecho a la vida en aquel tiempo⁶⁴. Las observaciones de Uruguay respecto al artículo sobre el derecho a la vida ilustran las negociaciones en torno al texto final y las posibles razones de la inclusión de “en general”; lamentando la aceptación de la pena de muerte como legítima excepción al derecho a la vida, sugiriendo limitaciones a ésta y reconociendo que: “Ha de tenerse en cuenta, sin embargo que el Anteproyecto es el resultado de inevitables transacciones en el seno de la Comisión que lo preparó y que el artículo 3 tomó la forma que se le ha dado luego de largos debates en que se opusieron concepciones irreductibles” y que “siendo ello así, juzga el Uruguay, en el caso, lo que mejor conviene por ser lo más viable, ya que no habría ambiente para la supresión de la pena de muerte, es intentar el perfeccionamiento del Artículo....”⁶⁵ Asimismo, el resto del artículo 4, sobre el derecho a la vida,

61 Ibid., pág. 160.

62 Ibid.

63 Ibid.

64 Ver Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7–22 de noviembre, 1969), Actas de las sesiones tercera y cuarta de la Comisión I, Doc. 38, Corr. 1 y Doc. 40, Corr.1, 16 de noviembre de 1969, pág. 163 a 168.

65 Ver “Observaciones del Gobierno del Uruguay al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7–22 de noviembre, 1969), pág. 36. Citado en Bach de Chazal, Ricardo, *Algunos Aspectos Relativos A La Tutela Del Derecho A La Vida En El Sistema Interamericano De Los Derechos Humanos*, pág. 12–13.

contiene disposiciones sobre la pena de muerte y no sobre aborto. Tres Estados (Barbados, Guatemala y Trinidad y Tobago) hicieron reserva al artículo 4 sobre la pena de muerte, permitida por la ley en sus respectivas jurisdicciones⁶⁶.

En todo caso, una interpretación no restrictiva del artículo 4(1) aplicaría principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio *pro homine*⁶⁷, llamado también principio *pro personae*, codificado en el artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repetidamente por la Comisión y la Corte Interamericana⁶⁸. La Comisión ha reconocido que este principio, que establece que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos”⁶⁹. La Corte ha señalado, al respecto, que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”⁷⁰. Igualmente, la

66 Ver Estado de firmas y ratificaciones en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>.

67 Ver Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 11; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 12. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 283; Corte IDH. Caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 143.

68 Ver Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 13 (c).

69 Ver CIDH, Informe No. 137/99, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999; CIDH Informe No. 66/06, caso 12.001 (Fondo), Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006, párr. 23.

70 Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2

Comisión ha declarado que, para evitar que las excepciones a los derechos humanos se conviertan en regla, toda limitación a los derechos humanos debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*⁷¹. Por lo tanto, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla.

4.3 Práctica de los Estados y opinio juris

De acuerdo al artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituye también parte del contexto del tratado, para fines de interpretación, “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”⁷². Por ello, la práctica respecto al reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción en la región, al igual que aquella respecto a la legalización del aborto o su posible reconocimiento como un derecho humano, serían también relevantes en una interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana. En *Baby Boy*, la Comisión erróneamente examinó la práctica anterior a la adopción del tratado⁷³ en un análisis que, dicho sea de paso, presentaba errores históricos de hecho e importantes omisiones⁷⁴. De acuerdo a la Convención de Viena, sin embargo, para una correcta interpretación del tratado es relevante únicamente la práctica posterior a su adopción, no la anterior a ésta.

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 36.

71 Ver CIDH, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009.

72 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679.

73 *Baby Boy*, párr. 19(f).

74 Ver De Jesús, Ligia M. *Revisiting Baby Boy v. United States: why the Iachr resolution did not effectively undermine the Inter-American system on human rights' protection of the right to life from conception*, Florida Journal of International Law (de próxima aparición).

Un análisis actualizado del *opinio juris* y la práctica contemporánea en relación al aborto en América Latina y el Caribe revelaría que aunque algunos países han despenalizado algunos tipos de aborto (e.g. Brasil, Argentina, Cuba, Panamá), virtualmente ningún Estado ha legalizado el aborto en cualquier circunstancia y ninguno, con excepción de Colombia, ha contemplado el aborto como un derecho humano⁷⁵. La gran mayoría de Estados Latinoamericanos y del Caribe penalizan varios supuestos de aborto voluntario y 5 países del Continente actualmente lo prohíben por completo (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana)⁷⁶.

5. Potencial desarrollo de los derechos del no nacido en el sistema interamericano

El artículo 4(1) de la Convención Americana contiene un significativo potencial para la protección de la vida del niño no nacido frente a todas las formas de aborto o destrucción voluntaria y presenta una variedad de posibilidades para la futura justiciabilidad de sus derechos. Conjuntamente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana establece una amplia protección a la vida y desarrollo del no nacido que va más allá de aquella otorgada explícitamente por cualquier otro sistema regional de derechos humanos.

5.1 Derechos del niño no nacido

Dado que la Corte se ha referido a niños no nacidos como “niños”, “menores” y “bebés”, los derechos del niño son derechos del niño no nacido. Asimismo, la Corte adoptó la definición de niño de la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 1) como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”⁷⁷, estableciendo un techo relativo a la edad mas

75 Ver Informes de Centro de Derechos Reproductivos, <http://reproductiverights.org/es/biblioteca-de-recursos/libros-e-informes>

76 Ibid.

77 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188.

no un límite inferior, permitiendo así a los niños no nacidos ser incluidos en dicha definición⁷⁸.

En múltiples ocasiones, la Corte Interamericana ha condenado encarecidamente las violaciones al derecho a la vida de niños, señalando que éstas “revisten especial gravedad”⁷⁹. También la Comisión ha destacado la existencia de una esfera de protección especial al niño, fundada en el reconocimiento de “la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos”, criterios que el niño no nacido, en particular, satisface⁸⁰. Las violaciones al derecho a la vida del no nacido, por lo tanto, deberían revestir al menos un igual grado de gravedad.

La Corte también ha sostenido que, al tratarse del derecho a la vida de los niños, el Estado tiene doble obligación bajo los artículos 4 y 19 de la Con-

78 Ver Declaración de Argentina al momento de la firma de la Convención sobre Derechos del Niño, expresando su entendimiento del término niño como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad. Disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

79 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113. Ver Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54 citando Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152; Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 33.

80 CIDH, *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes*, párr. 23. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Ninez/CastigoCorporal2009/CastigoCorporal.Indice.htm>

vención: la obligación de respetar la vida del niño y de prevenir violaciones a ésta⁸¹. Una decisión sobre el derecho a la vida desde la concepción debería entonces pronunciarse sobre ambos artículos y recomendar tanto medidas punitivas para cualquier acto destinado a destruir la vida del no nacido como medidas de prevención al respecto, e.g. programas de asistencia social a mujeres embarazadas de escasos recursos y promoción estatal de alternativas al aborto, como la adopción, etc.

Asimismo, en aplicación de la Convención Americana, que en su artículo 4(5) prohíbe la aplicación de la pena de muerte a niños menores de 18 años⁸², la Comisión ha afirmado repetidamente que “todos los Estados miembro de la OEA reconocen una norma de *jus cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad”⁸³. Dado que el aborto intencional constituye una forma de ejecución más grave que la pena de muerte, pues carece de garantías procesales y de reconocimiento de la personalidad jurídica del niño, no existiría razón legítima para otorgar un menor estándar de protección a la vida del no nacido, protegida desde el momento de la concepción en la Convención Americana.

La Convención Americana en su totalidad es aplicable para la protección de los derechos del niño no nacido, al igual que la Comisión ha expresado respecto del niño o niña nato⁸⁴. Por ello, otros principios, como el interés

81 Ver Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 162.; Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 124 y 171; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138. Ver también artículo XXX de la Declaración Americana.

82 Ver idéntica prohibición en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6(5) y la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 37(a).

83 Ver CIDH, Informe N° 62/02, Caso 12.285 (Fondo), Michael Domingues, Estados Unidos, 22 de octubre (2002).

84 Ver CIDH, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (segunda edición), párr. 21. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm>

superior del niño o la igualdad ante la ley, también son aplicables a los niños no nacidos. La Corte ha señalado, en su Opinión Consultiva OC/17–2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, aplicable también al niño no nacido, que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁸⁵. No es difícil argumentar que entre la vida y la muerte, el interés superior del niño será siempre vivir.

5.2 Personalidad jurídica del no nacido

El texto del artículo 4(1) establece que toda “persona” tiene derecho a que se respete su derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo cual indica claramente que los Estados parte reconocieron al niño no nacido como “persona” desde el momento de la concepción, de acuerdo a una interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, como expresó Rafael Nieto Navia, ex Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶. El artículo 1(2) de la Convención indica que persona es todo ser humano, dando así reconocimiento a la naturaleza humana del no nacido, que siendo persona o ser humano, se vuelve sujeto de derechos en el sistema interamericano. Asimismo, el Preámbulo de la Convención señala que los derechos esenciales del hombre derivan de su naturaleza humana, no de atributos o características particulares, o percepciones de terceros; en este caso, terceros que negaran la personalidad jurídica del niño no nacido debido a su inmaduro estado de desarrollo.

La Corte Interamericana ha reiterado que “la falta del reconocimiento de

85 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 2.

86 Ver Nieto Navia, Rafael. *Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto*, Revista Persona y Bioética, Vol. 9, N° 1 (24), pp. 21–42, Colombia, 2005 citado en Ricardo Bach de Chazal, *Inconstitucionalidad y No Convencionalidad del Aborto Voluntario*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año III, número 6, julio (2011), Editorial La Ley, pág. 36–39.

la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”⁸⁷. Negar la existencia jurídica del niño no nacido sería, por lo tanto, una violación a este derecho contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que si bien los niños y otros incapaces legalmente carecen de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos (por ejemplo, derecho al sufragio o derechos patrimoniales), estos son plenamente titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana⁸⁸. Consecuentemente, la incapacidad civil del niño no nacido no impide el goce de sus derechos humanos, particularmente, de su derecho a la vida y a ser reconocido como persona ante la ley.

5.3 Igualdad del no nacido ante la ley

La legalización del aborto voluntario conlleva una denegación del derecho a la vida a un grupo particular de personas: los niños no nacidos, lo cual constituiría discriminación por razón de edad o nacimiento prohibida por la Convención Americana en su artículo 1(1), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) (artículo 3), la Convención sobre Derechos del Niño en su Preámbulo y en el artículo 2(1) y la Declaración de Derechos de los Derechos del Niño, principio 1⁸⁹. En cuanto a los niños no nacidos discapacitados eliminados a través de abortos eugenésicos, estos serían víctimas de grave discriminación

87 Ver Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179 y Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179.

88 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 41.

89 Ver también el artículo 24(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prohíben la discriminación por razón de nacimiento.

en base a la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*.

Los instrumentos del Sistema Interamericano fueron adoptados en base al principio de igualdad de todos los seres humanos. El artículo 24 de la Convención y artículo II de la Declaración establecen que todas las personas, sin discriminación, tienen derecho a igual protección ante la ley. En vista de que el niño no nacido es persona, de acuerdo a la Convención Americana, éste goza también del derecho a la igualdad ante la ley.

5.4 Derechos económicos, sociales y culturales

Además de prohibir el aborto en sus diferentes formas, los Estados parte de la Convención tienen la obligación de prevenirlos. Al respecto, la Corte ha reiterado que “el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores”⁹⁰.

Garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños no nacidos y sus padres puede ser una medida de prevención en aquellas situaciones en que la pobreza constituye un factor importante en la incidencia de abortos voluntarios. Sergio García Ramírez, ex Juez de la Corte Interamericana, en su artículo “Bioética y Protección de los Derechos Humanos ante la Jurisdicción Interamericana”⁹¹, señaló la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y del artículo 26 de la Convención (desarrollo progresivo) a los temas bioéticos, entre los cuales menciona la fertilización in vitro y la manipulación o supresión de la vida del embrión, ya que los derechos humanos son indivisibles, como expresa el Preámbulo del Protocolo de San Salvador.

90 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 34.

91 Sergio García Ramírez, “Bioética y Protección de los Derechos Humanos ante la Jurisdicción Interamericana” en *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas* (2009). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2673>

Asimismo, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 15(3)(a), establece un derecho a la salud pre-natal que sería justiciable frente a la Comisión o la Corte. El Protocolo, en su artículo 15 y la Convención sobre Derechos del Niño en sus artículos 6(2), 24(2)(d) y 27(1) establecen el derecho a la atención médica antes del nacimiento, a la supervivencia y el desarrollo físico. Igualmente, la Declaración sobre Derechos del Niño, Principio 2, reconoce el derecho al desarrollo físico y establece que “al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Los Estados parte estarían así obligados, de acuerdo a la disponibilidad de sus recursos, a reconocer y garantizar paulatinamente estos derechos, de acuerdo al artículo 26 de la Convención sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y al artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño. En este sentido, la Corte ha señalado que “El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado, el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”⁹².

Si bien la CIDH carece de competencia *ratione materiae* para pronunciarse en un caso individual respecto a violaciones del Protocolo de San Salvador, esta ha indicado anteriormente que, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana, puede considerar las disposiciones contenidas en dicho Protocolo en la medida que sea relevante para su aplicación de la Convención Americana⁹³.

92 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 81.

93 Ver CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010), párr.49; Informe No. 44/04, Laura Tena Colunga y otros (Inadmisibilidad), México, 13 de octubre de 2004. párr. 33-40; Informe No. 29/01, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros (Admisibilidad), El Salvador, párr. 36.

6. Conclusión

Los Estados parte de la Convención Americana otorgaron explícitamente protección a la vida desde el momento de la concepción en el artículo 4(1), protegiendo al niño no nacido como sujeto de derechos de cualquier acto que intencionalmente cause su muerte o destrucción. La Corte Interamericana ha sido benevolente frente a esta disposición refiriéndose al niño no nacido como “niño” o “menor”, reconociendo al aborto inducido como una violación a los derechos humanos y afirmando el derecho a la salud pre-natal en su jurisprudencia, como se indica en la sección II.

La posición de la Comisión sobre el derecho a la vida, sin embargo, ha variado dependiendo del momento histórico y de su composición. En diferentes momentos, algunos de sus informes de país e informes temáticos han promovido el derecho del no nacido a la vida condenando varias formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario. Sin embargo, desde *Baby Boy vs. Estados Unidos*, varios informes de la Comisión demuestran tendencias a una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción e incluso hacia la creación misma de un derecho al aborto o a la reproducción artificial. Hasta la fecha, la Comisión ha publicado una resolución, un informe de solución amistosa y dos informes de admisibilidad, examinados en la sección III, donde promovió la legalización del aborto voluntario y de la fertilización in vitro. Si bien dichos informes tienen carácter no vinculante para los Estados parte o la Corte, la Comisión se ha servido de ellos para presionar a algunos Estados parte, como México y Costa Rica, para legalizar o liberalizar actos que producen la muerte de niños no nacidos, en contravención del artículo 4 de la Convención.

Una correcta interpretación de la Convención Americana por parte de la CIDH o de la Corte debería aplicar las normas internacionales de interpretación de los tratados. Un análisis del sentido corriente del tratado, realizado de buena fe, dentro de su contexto, tomando en cuenta la intención legislativa de los Estados parte al aprobar la Convención y la práctica posterior a la adopción de la Convención, llevaría a la conclusión de que el artículo 4(1) protege la vida del niño no nacido contra todo tipo de acto tendiente a su muerte o destrucción.

Una resolución consistente con el reconocimiento del no nacido como “niño” estipularía que el aborto voluntario es una grave violación de derechos humanos, como lo es toda violación contra el derecho a la vida de los niños, y recomendaría que esa práctica fuera combatida por los Estados parte de la Convención, no legalizada ni celebrada como un derecho humano. Asimismo, recomendaría medidas preventivas al respecto, incluyendo la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos presenta un significativo potencial en la protección del derecho a la vida del niño no nacido desde el momento de la concepción. El desarrollo progresivo del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, enmarcado en los derechos del niño o como un asunto de discriminación, podría ser la contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al mundo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos si los individuos que actualmente integran los órganos del Sistema honraran el espíritu y letra de la Convención Americana.

La demanda individual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental

Ángel Gregorio Chueca Sancho

Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Internacional Público y
RRII en la Universidad de Zaragoza (España).

Director Adjunto de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería.
Co-Director del Máster On Line sobre Migraciones Internacionales y Extranjería.

Resumen: El estudio se centra primero en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus formaciones y sus competencias actuales. Avanza después hasta la tras demanda individual, poniendo el acento en el iter procedimental de la misma. Estamos ante un sistema internacional de protección de Derechos Humanos que recibe anualmente miles de demandas y, por tanto, se encuentra gravemente aquejado por la enfermedad de su propio éxito.

Palabras clave: Tribunal Europeo; Derechos Humanos; demanda individual; procedimientos.

Abstract: This paper first focuses on the European Court of Human Rights with its current formations and competencies. Then it goes on until after the individual claim emphasizing its procedural iter. We are before an International System of Human Rights Protection which receives thousands of claims annually and is therefore seriously affected by the disease of its own success.

Keywords: European Court; Human Rights; Individual claim; Procedures.

Artículo recibido: 12/08/2011 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

1. Introducción general
2. Las reformas del órgano de protección establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos
3. Las actuales formaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus competencias
4. La demanda individual
5. La potenciación del arreglo amistoso
6. Síntesis del iter procedimental de una demanda individual ante el TEDH
7. A modo de conclusión

1. Introducción general

El 4 de noviembre de 1950 se adoptaba en Roma la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el seno del Consejo de Europa. Esta Organización Internacional, cuya sede se halla en Estrasburgo (Francia) contaba en 2011 con 47 Estados miembro, todos ellos a su vez partes en la Convención de Roma; según el art. 3 del Estatuto creador del Consejo¹, los Estados parte reconocen “el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Se configuraba de esta forma el sistema europeo de protección internacional de los Derechos Humanos, con los cinco elementos atribuibles a cualquier sistema: una Organización Internacional, un tratado de protección de Derechos Humanos (después completado), un catálogo o lista de derechos protegidos, un órgano de protección y varios procedimientos de protección, fundamentalmente las demandas.

1 Adoptado en Londres el 5 de Mayo de 1949. La información del Consejo de Europa (en francés e inglés) puede verse: la general en <http://www.coe.int/>; la relativa a la Convención, a sus protocolos adicionales y a todos los tratados internacionales firmados en el seno del Consejo de Europa en <http://conventions.coe.int/>; la referente al TEDH en <http://www.echr.coe.int/>.

2. Las reformas del órgano de protección establecido por la Convención europea de Derechos Humanos

Precisamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el órgano de protección de tales derechos establecido por la citada Convención Europea. La Convención es un tratado internacional firmado en el seno del Consejo de Europa, que estructura el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos que ha establecido el Consejo de Europa.

La Convención ha sido completada y modificada hasta el momento con 15 Protocolos adicionales². Es necesario tener presente que un Estado puede ser parte en la Convención y no serlo en todos los protocolos adicionales; en ese supuesto, el TEDH podrá juzgar los actos de ese Estado tan sólo respecto a la Convención y a los Protocolos que le obliguen (por haberlos ratificado o haberse adherido a ellos).

La primera reforma en profundidad del sistema de protección de Derechos Humanos se producía el 1 de noviembre de 1998; la entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 11 suponía la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la reestructuración de las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos y la judicialización del sistema mediante el reforzamiento de las competencias del TEDH, desde esa fecha único órgano de protección.

La segunda reforma en profundidad del TEDH se producía con la entrada en vigor el 1 de Junio de 2010 del Protocolo Adicional nº 14³. Con ello el Tribunal Europeo de DH veía modificada su estructura y profundamente revisada la distribución de sus competencias entre sus diferentes formaciones⁴.

2 Teniendo en cuenta el Protocolo 14 bis.

3 Ver Conseil de L'Europe, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme: Un travail continu*, Estrasburgo 2009. Consultar asimismo los trabajos de la Conferencia de Interlaken, de 18–19 de Febrero de 2010, sobre el futuro de los Derechos Humanos (<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/eu/euroc/chprce/inter.html>, consultada el 17 de Agosto de 2010).

4 Para evaluar la situación actual es preciso consultar el actual Reglamento del TEDH, de 1 de Junio de 2010, cuyo texto puede verse en <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/>

No pretendo examinar el TEDH en todas sus dimensiones institucionales, ni siquiera en las más significativas; por ejemplo, a pesar de gran interés y actualidad, no abordaré la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos⁵. Tampoco realizaré una síntesis de su jurisprudencia⁶, ni siquiera sintetizando aspectos tan interesantes como la protección del derecho a un medio ambiente sano o el trato a dar a los extranjeros, especialmente prohibiendo su expulsión en situaciones extremas en las que la vida o integridad física de los mismos corre grave peligro⁷

En mis reflexiones realizaré una aproximación procedimental a la demanda individual. Para ello, revisaré primero las actuales formaciones del TEDH y sus diferentes competencias y me centraré después en el estudio de la demanda individual.

Basic+Texts/Other+texts/Rules+of+Court/

5 Por parte del Consejo de Europa la posición sobre la adhesión es diáfana: El art. 59 de la Convención, tras la profunda modificación operada por la entrada en vigor del Protocolo adicional n.º 14, ha añadido un párrafo 2º, en el cual se lee: “La Unión Europea podrá adherirse a la presente Convención”. Por parte de la Unión Europea la posición actual no es menos nítida: la adhesión se halla prevista en el art. 6, 2º, del Tratado de la Unión Europea, vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; esta norma, además de preverla, indica que la adhesión “no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”; recogiendo la situación jurisprudencial (defendida desde hace años por el Tribunal de Justicia de la UE), el art. 6, 3º, del Tratado de la Unión Europea observa que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, formarán parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales”. El proyecto de Instrumento jurídico para la adhesión de la UE a la Convención de Roma puede verse en su versión provisional en CDDH_UE(2011)16prov

6 La obra más completa y actualizada en la materia es sin duda la de Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 12ª edición, Sirey, París 2011.

7 Aplicando el art. 3 de la Convención, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

3. Las actuales formaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus competencias⁸

Dice el art. 19 de la Convención: “Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente”. Se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo.

Veremos ahora las distintas formaciones del Tribunal en su configuración actual, así como las competencias de cada una de ellas. Nos encontramos en esta materia con una diferencia entre la Convención Europea y el Reglamento del mismo Tribunal:

1^a Si leemos únicamente los arts. 25–26 de la Convención, las formaciones jurisdiccionales actuales del Tribunal son (por orden descendente) las cinco siguientes: Pleno, Gran Sala, Sala, Comité y Juez único.

2^a Pero, si acudimos al Reglamento del Tribunal, hablaremos de seis formaciones; a las cinco enunciadas anteriormente deben sumarse las llamadas “Secciones”, reguladas en el Reglamento inmediatamente después de la Gran Sala. Ello sucede porque las Salas (a las que se refiere el art. 25, b), de la Convención) no son las mismas que las reguladas en el art. 26 y ss.⁹; las primeras serán las Secciones mientras las segundas serán las Salas en sentido propio.

3^a Completando el panorama, aún deberíamos referirnos a una séptima formación, el llamado “Colegio de cinco Jueces”, previsto en el art. 43, 2º, de la Convención.

En todo caso, el art. 1, h), del Reglamento señala que el término “Tribunal” designa indistintamente al Pleno del Tribunal, la Gran Sala, una Sección, una Sala, un Comité, un Juez único o el colegio de cinco Jueces mencionado en el art. 43, 2º, de la Convención”. En otros términos, los actos de cualquiera

8 Consultar mi estudio *El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 14 en Junio de 2010)*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería nº 24, Julio de 2010, págs.. 217 y ss.

9 Ver pár. 60 del Informe Explicativo.

de estas formaciones del Tribunal (incluida la formación administrativa de las Secciones) son actos del TEDH en sentido propio.

La nueva formación, la de Juez único, ofrece sin duda interesantes perspectivas. Según el Reglamento¹⁰, es nombrado por el Presidente del Tribunal por un período de 12 meses, mediante rotación. El Juez único puede declarar inadmisibile una demanda individual o decidir su archivo, cuando tal decisión pueda adoptarse sin un examen complementario; además esta resolución es definitiva, realiza así una primera labor de filtrado. Si no procede a la declaración de inadmisibilidad ni al archivo, debe enviar la demanda a un Comité o a una Sala para que realicen ese examen complementario (art. 27 de la Convención)

La expresión “Comité” designa un comité de tres jueces, constituido en aplicación del art. 26, 1º, de la Convención¹¹. Las competencias de los Comités han sido ampliadas, como se deduce del vigente art. 28 de la Convención. El Comité también puede declarar inadmisibile o archivar una demanda individual; un Comité puede declararla admisible (total o parcialmente) y dictar a la vez sentencia sobre el fondo de un caso.

Además “las decisiones y sentencias dictadas en virtud del párrafo 1 serán definitivas” (art. 28, 2º, de la Convención). Por ello, no podrán recurrirse ya ni a una Sala ni a una Gran Sala; efectivamente el art. 43, 1º, de la Convención señala que un asunto podrá ser remitido a la Gran Sala “en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala”.

Las Salas están formadas por 7 miembros¹². Es la Sala la que constituye los Comités de 3 miembros, por un período determinado. Si la demanda ha sido admitida y no ha existido sentencia en la fase del Comité, el asunto pasa a una Sala, que vuelve a examinar la admisibilidad y el fondo, ahora de modo conjunto. La Sala bien declara la inadmisibilidad total del caso, bien dicta sentencia (si ha declarado el caso al menos parcialmente admisible), bien se inhibe a favor de la Gran Sala (art. 30 de la Convención).

10 Art. 27 A.

11 Art. 1, f), del Reglamento.

12 Salvo que se ponga en funcionamiento el mecanismo ya citado de reducción de su número a 5.

El nombre de Sección designa una Sala constituida por el Pleno del Tribunal para un período determinado, según prevé el art. 25, b), de la Convención¹³. Según el Informe Explicativo del Protocolo Adicional n° 14, “al introducir las secciones “no se juzgó necesario enmendar la Convención con el fin de clarificar esta distinción”. El mismo Informe califica a las Secciones como “entidades administrativas del Tribunal”¹⁴. Por tanto, las Secciones no pueden ser calificadas como formaciones jurisdiccionales del Tribunal en un sentido estricto, pero cumplen unas funciones y tienen una posición en el organigrama de dicho órgano judicial.

El Colegio de cinco Jueces de la Gran Sala está previsto en la redacción actual de la Convención. Su art. 43, 2, señala que dicho Colegio “de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”. La misma norma observa que “si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia”, debiendo interpretarse *a sensu contrario* que el Colegio tiene la última palabra en la fase de admisibilidad ante la Gran Sala

La Gran Sala está formada por 17 miembros (y, al menos, 3 jueces suplentes, dice el art. 24 del Reglamento). Nos detendremos ahora en las competencias de la Gran Sala, en dos bloques: las que pueden denominarse como competencias generales y las que se le atribuyen en caso de inejecución de una sentencia.

Según el art. 31 de la Convención, la Gran Sala tiene tres grupos de competencias:

1º Las demandas presentadas en virtud del artículo 33 o del artículo 34, cuando el asunto le haya sido elevado por la Sala en virtud del artículo 30 o cuando el asunto le haya sido deferido en virtud del artículo 43;

2º Las cuestiones sometidas al Tribunal por el Comité de Ministros de conformidad con el párrafo 4 del artículo 46; y

3º Las solicitudes de opiniones consultivas en virtud del artículo 47.

13 Art. 1, d), del Reglamento.

14 El Informe Explicativo puede verse en <http://conventions.coe.int>, en el apartado dedicado al Protocolo Adicional n° 14; cita en el párrafo 60.

Por tanto, de la interpretación y la aplicación simultáneas de los arts. 28 y 43 de la Convención (y del art. 73 del Reglamento) se deduce que las decisiones de archivo de un caso de un Juez único y las sentencias dictadas por los Comités son definitivas y no pueden ser remitidas a la Gran Sala. En otras palabras, a la Gran Sala sí le pueden llegar las sentencias dictadas por una Sala y no conocerá tan sólo en casos de desistimiento.

Finalmente hemos de referirnos al Pleno del TEDH, evidentemente formado por todos los jueces del mismo. Regulado sobre todo en el art. 25 de la Convención, el Pleno elige al Presidente y uno o dos vicepresidentes del Tribunal, constituye las Secciones, elige a los Presidentes de las Salas, etc.

4. La demanda individual

Las demandas ante el citado TEDH pueden ser presentadas por uno o varios Estados contra otro Estado parte en la Convención o por un particular, un grupo de particulares o una entidad no gubernamental contra uno o varios Estados parte en dicho tratado internacional.

Las primeras son pues las demandas interestatales (art. 33 de la Convención), siempre escasas en número. Las segundas (las que nos interesan ahora) son las demandas individuales contra uno o varios Estados (art. 34 de la Convención), presentadas por miles cada año¹⁵. En todo caso, en estos momentos el demandado siempre debe ser uno o varios Estados y el demandante nunca puede ser un órgano de un Estado contra el mismo Estado (por ejemplo, no puede demandar un ayuntamiento español o una Comunidad Autónoma a España).

El mayor avance aportado por la Convención Europea de Derechos Humanos fue sin duda en 1950 el acceso del individuo al TEDH. Se potenciaba de esta forma la subjetividad internacional activa del individuo, puesto que podía demandar a un Estado ante un órgano judicial internacional; podía demandar incluso al Estado del que era nacional. Estábamos por tanto ante un

15 Cuando se produzca la adhesión de la UE, cabrán asimismo demandas de particulares contra la UE, de la misma UE contra un Estado y de un Estado contra la UE.

mecanismo muy diferente al mecanismo clásico de la protección diplomática, ejercida por un Estado contra otro.

En la Convención Europea el acceso del individuo se encontraba, sin embargo, mediatizado hasta 1998 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que examinaba en primer término las demandas; desde esa fecha (desaparecida la Comisión) el acceso no solamente es directo sino también automático.

En la actualidad, el art. 34 de la Convención afirma textualmente: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

El art. 35 del mismo texto recoge las condiciones o requisitos para admitir una demanda; estamos ante requisitos en su mayor parte generalizados en cualquier sistema internacional de Derechos Humanos como son el agotamiento de recursos internos, la presentación de la demanda en el plazo de seis meses desde la decisión judicial interna definitiva, el carácter no anónimo de la demanda, no sumisión del mismo caso a otro procedimiento internacional de arreglo, su naturaleza no abusiva, etc.¹⁶.

Pero el art. 35, 3º, b), de la Convención en su actual redacción también establece un requisito de admisibilidad, que se suma a los existentes hasta el momento: Para que una demanda individual llegue al TEDH, el particular debe haber sufrido “un perjuicio importante”. Para paliar el efecto negativo de esta condición o requisito, se establece una salvedad: aun sin suponer un perjuicio importante sí pueden llegar al Tribunal los casos en los cuales, para preservar el respeto de los Derechos Humanos, se exija un examen del fondo de la demanda.

16 Hablo de requisitos generalizados como se desprende, por ejemplo, de la lectura de los arts. 4–5 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (para presentar una queja ante el Comité de Derechos Humanos) o del art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (para presentar una comunicación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

5. La potenciación de los acuerdos amistosos

Otro aspecto presente en todos los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos es la existencia del arreglo o acuerdo amistoso entre demandante y demandado.

El nuevo art. 39 de la Convención (tras la entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 14) se dedica de modo exclusivo al acuerdo o arreglo amistoso; en realidad, funde las normas del art. 38, 1º, b) y 2º, y del art. 39, en una sola norma, dotada sin duda mayor de coherencia en el sistema convencional que la existente hasta el momento.

Señala la norma vigente que el Tribunal “en cualquier fase del procedimiento, podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir un acuerdo amistoso”. Además, el art. 39 señala la confidencialidad del procedimiento de arreglo o acuerdo, observando asimismo que (una vez logrado) el TEDH archivará el asunto mediante una decisión que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. En otras palabras, el TEDH es el garante de que este tipo de arreglos no se acuerdan a cualquier precio sino que respetan las normas convencionales.

Pero el art. 39, 4º, potencia este modo de arreglo al señalar que la decisión del TEDH, validando el arreglo logrado entre las partes y considerándolo conforme a los Derechos Humanos convencionalmente protegidos, se transmitirá asimismo al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del arreglo amistoso tal como se recojan en la resolución. Si con anterioridad el cumplimiento de los términos del arreglo quedaba en gran parte a la buena voluntad del Estado afectado, ahora el Comité de Ministros controlará que su cumplimiento sea efectivo.

6. Síntesis del iter procedimental de una demanda individual ante el TEDH

Expondré ahora los pasos a dar procedimentalmente por una demanda individual. En su estudio es preciso contar sobre todo con las normas con-

vencionales y las del Reglamento del TEDH¹⁷. El iter procedimental (necesariamente sintético) está estructurado en 18 pasos y va desde la determinación de la subjetividad activa y pasiva hasta la ejecución de las sentencias.

1) SUBJETIVIDAD ACTIVA (demandantes) Y PASIVA (demandados)

1.1) subjetividad activa (art. 34 Conv.):

- a. Persona física.
- b. Grupo de personas (formen un ente o no lo formen).
- c. Organización no gubernamental.
- d. Siempre que se considere víctima de la violación de un derecho protegido.
- e. Esa violación debe atribuirse a un Estado parte en la Convención.

1.2) Subjetividad pasiva (art. 34 Conv.):

- a. Estados parte en la Convención.
- b. Hechos acaecidos desde su entrada en vigor para ellos (salvo que la violación no haya terminado).
- c. Es preciso consultar si el Estado demandado formuló alguna reserva a la o las normas alegadas, excluyendo su aplicación en ciertos supuestos.
- d. Si se alega un derecho protegido en un protocolo adicional, es preciso ver si ese Estado ratificó tal protocolo. Si no lo ratificó, no puede alegarse válidamente.

17 Cuando me refiero al Reglamento del TEDH, estoy hablando de la versión en vigor desde el 1 de Abril de 2011, cuyo texto puede verse en inglés y francés en <http://www.echr.coe.int>; también puede verse el Addendum al Reglamento del Tribunal sobre la aplicación provisional de ciertas disposiciones del Protocolo N° 14 (de 1 de julio de 2009), así como las Instrucciones prácticas sobre medidas provisionales, la presentación de la demanda, las observaciones escritas, la satisfacción equitativa (art. 41 Convención), el envío electrónico seguro de documentos y el anonimato. Consultar C. Morte Gómez, ¿Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

2) CONTENIDO DE LA DEMANDA INDIVIDUAL (art. 47 Regl.):

- a. Datos personales del o los demandantes.
- b. Datos personales del representante.
- c. Estados/s demandado/s.
- d. Breve exposición de los hechos.
- e. Breve exposición de las normas convencionales violadas y alegaciones pertinentes.
- f. Breve exposición del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad.
- g. Objeto material de la demanda (solicitar en todo caso condena en costas).
- h. Copias que prueban el agotamiento de recursos internos.
- i. Declaración de que el caso no se ha sometido a ninguna otra instancia internacional de arreglo.

3) MODO DE PRESENTAR LA DEMANDA INDIVIDUAL (arts. 40 Conv y 51-74 Regl.)

- a. Utilización del formulario establecido por el TEDH en todos los idiomas oficiales de los Estados parte (idiomas oficiales de todo el Estado, no de una parte del mismo).
- b. Demanda escrita, firmada, con fecha de envío.
- c. Elección de la lengua del procedimiento en el momento de la presentación (francés o inglés; es importante dependiendo de los conocimientos del abogado).
- d. Presentación de fotocopias, no originales.

Nota: La demanda se envía a

Monsieur le Greffier de la Cour Européenne des Droits de L'Homme
CONSEIL DE L'EUROPE
F-67075 STRASBOURG CEDES (France)

4) CONDICIONES O REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD (art. 35 Conv.)

- a. Agotamiento de recursos internos (incluso el amparo ante el Tribunal Constitucional, si cabe).
- b. Plazo de seis meses desde la decisión interna definitiva; plazo impro-rogable ni un solo día; ojo, se trata de días naturales.

c. Demanda no anónima (para cumplir con la exigencia de la necesaria identificación de las partes).

d. Asunto no sometido a otro procedimiento internacional de arreglo.

e. Demanda compatible con la Convención (para no desnaturalizar su objeto y fin).

f. Demanda no manifiestamente mal fundada.

g. Demanda no abusiva.

h. Demanda en la cual el perjuicio económico no puede ser escaso (párrafo 3º, b).

Nota: Si se incumple uno solo de los requisitos, la demanda será inadmitida.

5) DECISIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD (arts. 27–29 Conv.)

a. El juez único puede declarar inadmisibile o archivar una demanda si el caso no requiere examen complementario (su resolución será definitiva)

b. Si no decide el juez único, decisión sobre admisibilidad adoptada por un Comité de tres jueces (puede estar o no estar el de la nacionalidad del Estado demandado).

c. Para inadmisibilidad total o archivo de demanda se exige unanimidad.

d. Admisibilidad total o parcial.

e. Admisibilidad es revisable en cualquier momento del procedimiento.

f. El Comité también puede sentenciar sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal.

6) PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA ADMISIBILIDAD Y VISTA PÚBLICA (arts. 59 y ss. Regl.)

6.1) Procedimiento posterior a la decisión de admisibilidad.

a. Si no ha existido decisión del Comité sobre el fondo, el caso se sustancia ante una Sala de 7 magistrados.

b. Memorias y otros documentos depositados en la Secretaría del Tribunal son accesibles a todas las personas.

c. Demandantes individuales pueden defenderse por sí mismos, pero obviamente se aconseja abogado.

d. Existen abogados de oficio para personas carentes de recursos.

6.2) Vista pública.

- a. Procedimiento escrito y oral.
- b. El procedimiento es contradictorio y público.
- c. La vista es pública, salvo excepciones.
- d. Cualquier magistrado puede preguntar a abogados, testigos, etc.

7) SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES (art. 39 Regl.)¹⁸

- a. Se solicitan solamente en circunstancias excepcionales.
- b. La solicitud debe estar motivada.
- c. En los procedimientos de extradición y expulsión es necesario indicar el día y la hora a los cuales la medida se va a aplicar.
- d. La solicitud ha de presentarse por correo postal o por fax, no por correo electrónico.
- e. Son obligatorias para los Estados parte.
- f. El Tribunal las adopta únicamente si considera que el demandante estará expuesto a un riesgo real de daños graves e irreversibles.

8) INHIBICIÓN A FAVOR DE LA GRAN SALA (arts. 30 Conv.)

- a. Dos hipótesis para la inhibición: El asunto plantea una cuestión grave sobre la interpretación del Convenio o uno de sus protocolos o la solución a dar al caso contradice la jurisprudencia anterior.
- b. Dos condiciones para la inhibición: La Sala no debe haber dictado sentencia y ninguna de las partes debe oponerse a la inhibición. No suele producirse.

9) LOS ACUERDOS O ARREGLOS AMISTOSOS (art. 39 Conv.)

- a. Caben en cualquier fase del procedimiento.
- b. Las negociaciones para los acuerdos o arreglos amistosos son confidenciales.
- c. El acuerdo se inspirará en todo caso en el respeto de los derechos humanos.
- d. El Tribunal controla esa validez del acuerdo y su adecuación a las normas convencionales.
- e. El Tribunal adopta los términos del acuerdo como una sentencia propia

¹⁸ Consultar la web del TEDH, donde se incluyen datos sobre esta materia.

y así los publica (sin elementos confidenciales de las negociaciones).

f. El Tribunal archiva el asunto.

g. El Comité de Ministros supervisa la ejecución del acuerdo.

10) LA SENTENCIA (arts. 28, 42 y 44 Conv y arts. 74–81 Regl):

a. La sentencia condena o absuelve al Estado demandado.

b. La Sentencia contiene, entre otros datos, los nombres de los jueces, de las partes y la fecha.

c. En cuanto a la estructura, la Sentencia incluye los hechos, un resumen de las alegaciones de las partes, el derecho interno pertinente, los fundamentos de derecho, la parte dispositiva y, si ha lugar, la condena en gastos y costas procesales.

d. Incluye asimismo las opiniones individuales o disidentes (a veces son parcialmente concordantes y parcialmente disidentes).

e. La publicación de las sentencias y otros documentos se produce bajo la autoridad del Secretario en el repertorio oficial.

11) LA POSIBLE REMISIÓN A LA GRAN SALA (art. 43 Conv y art. 73 Regl):

a. Las partes disponen de tres meses para remitir la sentencia dictada por la Sala a la Gran Sala (formada por 17 magistrados).

b. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala acepta o rechaza la remisión.

c. Si el colegio aceptó el caso, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia.

12) LA SENTENCIA “PILOTO” (art. 61 Regl.)¹⁹

a. Si hay un problema estructural o sistémico o una disfunción grave en DH en un Estado parte, que puede originar varias demandas, cabe una sentencia “piloto”.

19 Norma introducida en la reforma del Reglamento de 21 de Febrero de 2011, en vigor desde el 1 de Abril de 2011; se trata sin duda de una importante innovación. El Secretario del TEDH publicaba asimismo interesantes indicaciones sobre la sentencia “piloto” en la web del órgano judicial, en el apartado de Textos de base.

b. La sentencia “piloto” tiene un procedimiento prioritario en el señalamiento del orden de los casos (art. 41 Regl.).

c. La sentencia “piloto” indica las medidas generales a adoptar por el Estado afectado.

d. La sentencia puede fijar un plazo para la adopción de esas medidas.

e. Si las partes llegan en estos casos a un acuerdo amistoso, el Estado debe declarar las medidas generales que va a adoptar en ese ámbito.

f. El Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Secretario General y el Comisario de Derechos Humanos son sistemáticamente informados del procedimiento “piloto” y la sentencia “piloto”.

13) CARÁCTER DEFINITIVO DE LAS SENTENCIAS (art. 44 Conv.):

a. Siempre lo tienen las de la Gran Sala.

b. También las de las Salas cuando no se han remitido a la Gran Sala o tal remisión ha sido rechazada por el colegio de cinco jueces de la Gran Sala.

c. La sentencia definitiva se publica.

14) MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS (art. 45 Conv.):

a. Sentencias y decisiones de inadmisibilidad son motivadas.

b. Si no hay unanimidad, pueden recoger opiniones disidentes y opiniones individuales, así como las parcialmente concordantes y parcialmente disidentes.

15) LA DEMANDA DE INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS (art. 79 Regl.):

a. Cada parte puede presentar una demanda de interpretación en el plazo de un año.

b. La demanda de interpretación indica el o los puntos oscuros de la sentencia a interpretar.

c. Se sustancia ante la Sala que decidió con anterioridad.

d. Si la Sala decide la inadmisibilidad, se acaba el asunto.

e. Si la Sala decide la admisibilidad, ella misma dictará en su caso una sentencia de interpretación.

16) LA DEMANDA DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS (art. 80 Regl.):

a. Si se descubren hechos nuevos, que pudieron haber ejercido una in-

fluencia decisiva sobre la solución dada al fondo del caso, las partes pueden presentar una demanda de revisión.

b. El plazo para ello es de 6 meses improrrogables desde el descubrimiento de los hechos nuevos.

c. Si la Sala decide la inadmisibilidad, se acaba el asunto.

d. Si la Sala admite esta demanda, ella misma dictará la correspondiente sentencia de revisión.

17) LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA Y LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES (art. 41 Conv.):

a. Si hay violación, el Estado paga la compensación económica o satisfacción equitativa que fije la sentencia.

b. Si hay violación de una o más normas convencionales y se solicitó al formalizar la demanda, el Estado demandado puede sufrir la condena en gastos y costas procesales.

18) EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS (art. 46 Conv y 94-99 Regl)

a. Los Estados están obligados a ejecutar las sentencias. Cómo lo hagan, depende ya de su derecho interno.

b. El Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la ejecución, pudiendo en su caso adoptar sanciones contra el Estado que no ejecute una sentencia.

c. Si un Estado no ejecuta una sentencia, el Comité de Ministros puede llevar de nuevo el caso al TEDH.

d. Una Gran Sala, constituida según el art. 24, 2º, g), decide mediante sentencia.

7. A modo de conclusión

Sin duda las dos piedras angulares del sistema de protección internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa son el TEDH y el recurso o demanda individual. Ciertamente el sistema del Consejo de Europa, como todos los sistemas internacionales, tiene un carácter subsidiario respecto a los

sistemas estatales o internos²⁰, que son los que deben proteger los Derechos Humanos en primer término; pero la contribución a la protección de estos derechos en Europa resulta verdaderamente destacable.

El TEDH desde hace tiempo se halla aquejado de una grave enfermedad, el elevado número de demandas que le llegan. Precisamente por ello puede “morir de éxito”, como suele afirmarse con frecuencia. De ahí que ya en estos momentos su estructura se encuentre de nuevo en revisión²¹.

Como señalaba la Declaración de Izmir, los criterios de admisibilidad de las demandas constituyen un instrumento esencial para gestionar la carga de trabajo del Tribunal (párrafo 4). Pero tales criterios no pueden hacerse tan rígidos que deje de existir una protección efectiva de los citados Derechos Humanos.

Esperemos que los Estados europeos sean capaces de actualizar el sistema y que el TEDH supere su enfermedad del éxito.

20 Puesto que los sistemas internacionales son sistemas-remedio, que tan sólo entran en funcionamiento cuando los sistemas internos no han tenido éxito.

21 El 19 de febrero de 2010 la Conferencia de alto nivel sobre el futuro del TEDH adoptaba en Interlaken (Suiza) una Declaración en este sentido, a la que seguiría el 27 de abril de 2011 la Declaración de Izmir (Turquía) (texto de ambas Declaraciones en <http://www.echr.coe.int>).

Tributación y Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y los principios generales de la tributación aduanera

Alejandro Celi de la Mota

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina).

Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia.

Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad exponer de manera simple, precisa y sucinta los principales lineamientos que emergen de la normativa internacional, entendiéndose por tal la que emana de G.A.T.T. 1994 (Acuerdo General sobre Aranceles Aduanero y Comercio), W.T.O./O.M.C. (Organización Mundial del Comercio), OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) entre otros, y especial vinculación con los distintos instrumentos jurídicos referidos a los Derechos Humanos.

El trabajo parte de la base que, a efectos de establecer una visión amplia e inclusiva de la concepción de los Derechos Humanos, se debe efectuar un estudio de los distintos instrumentos anteriormente mencionados y la relevancia que los mismos adquieren en un mundo cada vez más globalizado, que se encuentra ante una situación de crisis que provoca conductas que vulneran los postulados recogidos en materia internacional.

Palabras Clave: Derechos Humanos; comercio internacional; tratados; aduanas; Tributos.

Abstract: This paper aims to explain simply, accurately and succinctly the main guidelines that emerge from international law, that is, from the GATT 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade), WTO / OMC (World Trade Organization), OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), among others, and particularly associated with the different legal instruments related to Human Rights.

This presentation assumes that in order to establish a broad and inclusive conception of Human Rights, it is necessary to carry out a study of the

various instruments mentioned above and the relevance that they acquire in an increasingly globalized world, which is facing a crisis that causes behaviors that violate the principles contained in international affairs.

Keywords: Human Rights; International Trade; Treaties; Customs, Taxes.

Artículo recibido: 17/08/11 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

1. Introducción

1.1 El Principio de No Discriminación

1.2 Principio de Transparencia

1.3 El Principio de Consolidación

2. Doble imposición

1. Introducción

Los principios generales del Derecho Tributario y Aduanero se encuentran establecidos en los cuerpos constitucionales y en tratados internacionales. Muchos de ellos se refieren a los derechos humanos. El presente trabajo se cierne a los principios generales de los tributos en el comercio exterior consagrados en el marco del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994.

Este trabajo pretende principalmente estudiar los principios que se postulan de respeto a los derechos fundamentales en el GATT respecto de la creación y aplicación de los tributos aduaneros. Los principios de no discriminación, de transparencia, de consolidación y de libertad de tránsito serán analizados, así como también las excepciones que a tal efecto se consagran en el plexo normativo vigente. En lo referente a los principios de derecho, nos acogemos a lo manifestado por Simons quien prefiere hablar de principios generales de justicia y niega que existan principios peculiares de justicia

tributaria. Para el autor, principios de justicia es una expresión más apropiada que principios de derecho¹.

Los individuos gozan de derechos políticos, económicos, sociales y culturales, mas al mismo tiempo, deben pagar tributos. Entiendo por tributo el género que incluye a impuestos, contribuciones directas y tasas. Del otro lado, el Estado tiene el deber de proveer y resguardar los derechos humanos, pero en contrapartida, tiene el derecho a exigir la satisfacción de los tributos. Esta disertación también centra su análisis en esta afirmación. Existen importantes nexos entre el derecho tributario aduanero y los derechos humanos.

Tanto nacionales y extranjeros deben pagar tributos para contribuir al sostenimiento del gasto público. Unos y otros tienen derecho a pagar solamente los tributos que han sido debidamente creados. El sistema legal debe contener reglas claras y transparentes acerca de la creación y aplicación de los tributos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Interamericana (Bogotá, Colombia, 1948), contempla el deber de pagar impuestos en su art. XXXVI. Por su parte, el Capítulo V de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (San José, Costa Rica, 1969) contiene de forma general los deberes de las personas. Su art. 32 (1) dispone que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Pagar impuestos es un deber general de los habitantes de un Estado frente a la comunidad, que tiene como propósito contribuir al sostenimiento de la inversión y gasto públicos. El deber de pagar impuestos también se incluye en las constituciones de los países miembros.

Los derechos políticos se reconocen a nacionales y extranjeros, mas, se pueden consagrar diferencias razonables entre ellos. De acuerdo al art. 25 del

1 F. Simons, *The Theory of General Principles of Justice*, en *Selected Issues in European Tax Law*, Ibid. En la p. 49, el autor sostiene que: “In practice however, general principles are applied less frequently in tax matters than one would expect from a theoretical perspective. National tax law on both direct and indirect taxes should be in accordance with the general principles of justice”. (En la práctica, sin embargo, los principios son aplicados con menor frecuencia de la que uno podría esperar desde una perspectiva teórica. El derecho tributario nacional relativo a la imposición directa y a la imposición directa debe encontrarse conforme con los principios generales de justicia).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los ciudadanos tienen derecho a “c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Los derechos políticos y otras disposiciones de similar carácter se encuentran comprendidos en el la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José². De igual forma, “todas las personas son iguales frente a la ley y tienen derecho sin discriminación a una protección equitativa de la ley”³. Ello comprende el acceso a los servicios públicos. Se debe tener presente que la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales incrementan el gasto público y que el presupuesto público debe ser financiado principalmente con tributos.

Los tributos también pueden ser creados o regulados a través de tratados internacionales. La Constitución de Perú admite ello como una posibilidad. En su art. 56, último inciso, señala: “También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución”. Conforti diferencia entre tratados que crean normas de derecho tributario material y tratados que crean normas de derecho tributario adjetivo⁴. La creación de los tributos es parte del derecho tributario material o sustantivo. Cuando un Estado concluye tratados internacionales, transfiere parte de su soberanía. Estos tratados internacionales sobre materias tributarias suelen utilizarse para establecer normas sobre tributos aduaneros los cuales se encuentran regulados en el Sistema Andino. Las Organizaciones Internacionales pueden crear tributos cuando han sido autorizados para el efecto por los Estados. De forma general, las normas sobre los deberes aduaneros son implementadas por organismos internacionales. La tarifa del impuesto a la renta ha sufrido una reducción drástica en los últimos años como consecuencia de la globalización y la competencia tributaria, en tanto que los acuerdos

2 Ver el art. XX de *Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre*, el art. 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3 Ver el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4 B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 63.

internacionales sobre tributos indirectos y aduaneros se han incrementado. Dentro del entorno indicado es probable que se concierten otros convenios internacionales sobre impuesto a la renta. Tanzi en su importante trabajo “Globalization, tax competition by the future of tax system”, analiza este asunto y sostiene que los sistemas tributarios se han vuelto menos equitativos⁵. En conclusión, los tratados han cobrado un rol importante en la creación y regulación del sistema tributario. Es muy probable que este rol se vuelva aún más trascendental en los próximos años.

De acuerdo con el principio de legalidad, las leyes deben contener los elementos principales de la obligación tributaria, entre ellos, sujetos, materia imponible, exoneraciones y tarifa. El Ejecutivo puede regular ciertos elementos cuando el Legislativo le delega las correspondientes facultades, aunque de modo general la creación de los tributos no puede ser delegada. De acuerdo a los sistemas legales, el Ejecutivo suele determinar las tarifas arancelarias. La fijación de otras tarifas tributarias, especialmente la del impuesto a la renta, sólo es delegada al Ejecutivo en casos excepcionales. La delegación para la modificación y regulación de las tarifas tributarias, normalmente viene acompañada de niveles mínimos y máximos dentro de los cuales debe fijarlas el Ejecutivo.

Los tributos se recaudan para financiar el gasto público y pueden jugar un papel muy importante como instrumentos de política económica. El sistema tributario sirve también para incentivar la inversión, distribuir la riqueza y otros

5 Vito Tanzi, *Globalization, tax competition by the future of tax system*, en *Corso di Diritto Tributario*, coordinato da Victor Uckmar, Cedam, Padova, Italia, 1999. Tanzi señala: “The world is waking to the realization that tax competition is not always a good thing. In fact it may create difficulties for countries by (a) eventually leading to lower tax revenue; (b) by changing the structure of tax systems in directions no desired by policymakers; and (c) by reducing the progressivity of tax systems thus making them less equitable. (El mundo se enfrenta a una competencia tributaria que no siempre es buena. De hecho, puede crear dificultades para los países pues (a) eventualmente puede conllevar a la obtención de menores rentas tributarias; (b) puede cambiar la estructura de los sistemas tributarios hacia direcciones no deseadas por quienes elaboran las políticas tributarias; y, (c) puede reducir la progresividad de los sistemas legales haciéndolos, consecuentemente, menos equitativos).

objetivos similares. Este rol no siempre ha sido bien recibido⁶.

1.1 El Principio de No Discriminación

El mencionado principio se encuentra anunciado en los artículos I y II del GATT, presentado dos aspectos centrales. Uno, es la exigencia de que cada Estado miembro dispense un trato igualitario en frontera a las mercancías importadas de los demás países miembros, sustentándose en la cláusula de la nación más favorecida, en virtud de la cual cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por un miembro con relación a un producto originario de otro miembro debe ser extendido, en forma inmediata e incondicional, a los productos idénticos o similares de los demás miembros. El segundo aspecto anteriormente señalado refiere al aseguramiento de un mismo trato entre las mercaderías nacionales y las extranjeras, artículo III del GATT, también conocido como cláusula del trato nacional.

Este principio consagra de modo fehaciente y preciso que las mercaderías de los miembros del GATT, tanto al ingreso como en su etapa de comercialización en el mercado interno, gozan de igualdad, la cual en una interpretación integradora se hace extensiva a los sujetos participantes del proceso de introducción de la mercadería.

En consecuencia, toda situación que implique una mayor demora en el tiempo de importación, en el arancel aduanero, en el trato dispensado a los agentes intervinientes en la operación constituye una flagrante violación de dicho principio. No así aquellas situaciones derivadas del sistema que prevé el GATT dentro del marco de los proceso de integración, entendiéndose el tratamiento diferenciado que surge de la conformación de zonas de libre

6 Las Constituciones de once Estados de los Estados Unidos de América no admiten los tributos regulatorios. Así, sostienen que “all taxes shall be levied and collected for public purpose only” (todos los tributos deben ser aplicados y recaudados para propósitos exclusivamente públicos”. Existe una famosa expresión sobre la potestad tributaria, que fuera establecida en 1819 en el caso *McCulloch v. Maryland*, que dice: “the power to tax involves the power to destroy” (el poder para gravar supone el poder para destruir). Uckmar, V, p. 54.

comercio, uniones aduaneras o de la cláusula de habilitación.

Mención en particular merece los denominados tributos internos, ya que no pueden ser utilizados como medio de protección a los productos de origen nacional, en tal sentido se pronuncian Dominique John Jackson⁷, Tulio Rosemjub⁸ y Peter Van den Bossche⁹.

La equiparación de productos nacionales y extranjeros se dispone no sólo en relación con los idénticos, sino también con los similares o equivalentes. En tal sentido podemos citar el informe del OA del 4/10/1996, WT/DS 8/AB/R, donde se estableció que el Japón incurría en violación del mencionado principio al aplicar a los productos etílicos provenientes de la Federación Rusa un trato distinto que a productos como el *shochu*, siendo productos que se insertaban en un mismo mercado competitivo.

1.2 Principio de Transparencia

El principio de transparencia, contemplado en el artículo X del GATT, obliga a los Estados miembro a publicar oficialmente toda la normativa mediante la cual se regule su comercio exterior, de no hacerlo, esas regulaciones resultan inoponibles a los individuos involucrados en el proceso aduanero, ya sean despachantes de aduanas, gestores aduaneros o los comerciantes respectivos.

Por consiguiente, todo arancel aduanero rige en la medida en que se hallare debidamente publicado y por ende son inoponibles a las personas si estas demuestran fehacientemente que el Estado miembro no dio cabal cumplimiento de la obligación de publicación de la normativa legal vigente.

Se asegura de tal modo el conocimiento oportuno del sistema jurídico de regulación del comercio internacional mediante la publicación oficial, lo

7 Jackson, John H., *The world Trading System*, cit., ps. 214 a 221.

8 Rosembuj, Tulio, *Los Impuestos y la Organización Mundial del Comercio*, cit., ps. 112 a 120.

9 Van Den Bossche, Peter, *The Law and policy of the W.T.O. Text case and materials*, cit. ps. 332 a 334.

que brinda transparencia y seguridad jurídica¹⁰ y la aplicación objetiva, razonable e imparcial de dicho sistema a través de la posibilidad de cuestionar las vulneraciones a la igualdad de tratamiento ante las autoridades competentes.

Este principio también es conocido como de seguridad jurídica¹¹.

1.3 El Principio de Consolidación

El principio de consolidación de los aranceles aduaneros como es su denominación apropiada, surge del artículo 27 del GATT, del cual surge la obligación de los Estados miembro de no aumentar las alícuotas acordadas en las ruedas de negociaciones multilaterales e incorporadas en las respectivas listas nacionales. Debe advertirse que el mencionado principio no es absoluto, existiendo numerosas situaciones contempladas en el sistema del GATT que posibilitan el dictado de medidas de excepción, v.gr. el establecimiento de derechos compensatorios aplicados de conformidad con lo previsto en el artículo VI del GATT.

2. Doble imposición

El derecho a la propiedad se encuentra contemplado en las Constituciones de la mayoría del mundo y en convenios internacionales. Los arts. 7, I y 22 (I, II) de la Constitución boliviana establecen el derecho a la propiedad. Este derecho puede ser individual o colectivo y debe tener una función social. De otra manera, el derecho a la propiedad podría ser expropiado¹². Los arts.

10 En tal sentido Algoud indica que con el fin de dar satisfacción a los comerciantes que en Francia en los siglos XVI y XVII la publicación de las tarifas se efectuaban al mismo tiempo que las ordenanzas que las creaban. (Algoud, Albert A., *Histoire des Droits de Douane et de la Politique Commerciale de la France*, ps. 73; 1978).

11 Fratacholi, Aldo y Zunino, Gustavo; *El Comercio Internacional de Mercaderías. Su regulación por la Organización Mundial del Comercio*, Buenos Aires, 1997, pág. 30.

12 El art. 7, I de la Constitución boliviana señala: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: A la propiedad privada individual o colectivamente siempre que cumpla su función social". El art. 22 dispone: "I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no

58, 60, 61 de la Constitución colombiana consagran el derecho a la propiedad. Este derecho debe cumplir una función social. De igual manera se reconoce el derecho a la propiedad intelectual¹³. Los arts. 23 y 30 de la Constitución ecuatoriana establecen el derecho a la propiedad. El art. 115 de la Constitución venezolana consagra similarmente el derecho a la propiedad. En él se incluye la obligación de pagar impuestos y otras obligaciones de tipo general¹⁴. El art. XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho a la propiedad. Su texto es como sigue: “Art. XXIII: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. El art. 21 de Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere también al derecho a la propiedad. Su texto señala: “Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. De acuerdo con dichas constituciones así como de conformidad con los convenios internacionales, el derecho a la propiedad no

sea perjudicial al interés colectivo. II. La expropiación se impone por causa de utilidad pública cuando una propiedad no cumple una función social, calificada conforme a la ley y previa indemnización justa”.

13 El art. 58 de la Constitución colombiana establece que: “Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La propiedad es una función social que implica obligaciones, como tal le es inherente una función ecológica”. El art. 61 dispone: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

14 El art. 115 de la Constitución venezolana prescribe: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.

es absoluto. Sin embargo, debe ser suficiente para mantener la dignidad del individuo y de su familia. Esto significa la manutención familiar. La aplicación de los tributos puede violar el derecho a la propiedad, pero también puede ocurrir que produzca una disminución razonable del patrimonio del contribuyente. La tributación se traza en fundamento del principio de beneficio o en referencia al principio de capacidad contributiva. Otros sistemas han sido diseñados de forma mixta.

El principio de capacidad contributiva representa la equidad en la tributación. Sólo signos de capacidad económica pueden ser gravados. Estos signos son el ingreso, el patrimonio, las transacciones comerciales, las herencias y otras que representan capacidad económica. La religión, género, lenguaje, nacionalidad, raza y otras situaciones por sí mismas no son demostrativos de capacidad contributiva y los tributos aplicados en función de estos criterios son violatorios del derecho a la propiedad. Adicionalmente, la tributación debe ser diferenciada según es diferente la capacidad económica de los contribuyentes. No todos los contribuyentes pueden pagar los mismos tributos. Los niveles de imposición dependerán de la capacidad económica. La aplicación de tarifas progresivas ha sido empleada con el objeto de obtener la mejor equidad posible en el régimen tributario. Estas tarifas tienen especial importancia en cuanto se refieren a la imposición de la renta. Las tarifas progresivas difieren de las tarifas proporcionales. El sistema progresivo opera cuando la tarifa tributaria se incrementa a medida que se aumenta la base imponible. La proporcionalidad ocurre cuando una tarifa inalterable se aplica a cualquiera sea la base tributaria. Las tarifas progresivas atentan contra la capacidad económica de los contribuyentes, más de lo que afectan las tarifas proporcionales. Algunas Constituciones consagran el principio de tributación progresiva¹⁵. Los tributos

15 El art. 53, 2 de la Constitución italiana señala: "Il sistema tributario è informato a criteri di progressività". Por su parte, el art. 31, 1 de la Constitución española dice: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso tendrán alcance confiscatorio". El art. 27 de la Constitución boliviana manda que: "Los impuestos y demás cargas públicas obligan igualmente a todos. Su creación, distribución y supresión tendrán carácter general,

a la renta permiten la aplicación de tarifas progresivas y en la práctica, no se pueden aplicar a otros tributos como los arancelarios, el impuesto a las ventas, los impuestos al consumo y otros similares. Los impuestos directos son apropiados para considerar las tarifas progresivas, mientras que los impuestos indirectos no lo son. En resumen, es difícil arribar a un sistema tributario general que se diseñe totalmente bajo tarifas progresivas.

Las tarifas progresivas excesivamente altas pueden quebrantar libertades públicas porque puede impedir que los contribuyentes satisfagan sus necesidades básicas. Entonces, la libertad económica, la libertad de empresa, la libertad de contratación, entre otras, pueden experimentar daños. Se puede analizar caso por caso la aplicación de tarifas progresivas con el objeto de establecer cuál es el detrimento que sufren las antedichas libertades. El derecho a la propiedad, de modo general, supone la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de contratación sobre bienes y patrimonios. García Añoveros, en referencia al régimen europeo, cita puntos de vista precisos: la libertad de circulación de capitales impide la aplicación de tarifas progresivas; el sistema tributario nacional generalmente aplica tarifas progresivas sobre las utilidades de capital; los sistemas tributarios nacionales aplican tributos sobre el capital con el objeto de alentar la inversión. En la práctica, las utilidades sobre el capital no se incluyen en el sistema tributario de renta global. La progresividad en la tributación sin las utilidades sobre el capital no produce efectos progresivos¹⁶. Las tarifas tributarias progresivas por sí mismas no

debiendo determinarse en relación a un sacrificio igual de los contribuyentes, en forma proporcional o progresiva, según los casos”. El art. 363 de la Constitución colombiana señala: “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”. El art. 316 de la Constitución venezolana establece que: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.

16 Jaime García Añoveros, Progresividad e Impuesto personal, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*. Montevideo, 1999. El autor sostiene que: “La libertad de movimiento de capitales, y el diseño de eliminar discrepancias en la tributación directa de sus

producen un quebrantamiento de la libertad económica y similares. Un nivel exagerado en las tarifas tributarias progresivas puede violar esas libertades. Aún más, el sistema tributario progresivo es deseable, pero no es esencial para preservar los derechos humanos y las libertades. Sin embargo, la aplicación de tarifas progresivas es obligatoria cuando las Constituciones de algunos países consagran este principio en sus textos.

El art. 21, 2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos se refiere a la confiscación, señalando: “Art. 21.– Derecho a la Propiedad Privada 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.” El mencionado art. 74 de la Constitución peruana se refiere a los tributos confiscatorios¹⁷. Algunos autores sostienen la teoría de que los tributos altos son confiscatorios. Esto se aplica principalmente a los tributos sobre la renta. Las tarifas de impuesto a la renta se han incrementado especialmente en la última época. Un régimen tributario mirado en forma global también puede considerarse confiscatorio. La confiscación se puede conceptualizar como una forma de castigo similar a

productos, conduce a situaciones incompatibles con el principio de la tributación personal y progresiva de la renta global; las rentas mobiliarias quedan así, en gran medida al margen de la progresividad; se produce un conflicto entre la racionalidad económica de las políticas integradoras, la equidad tributaria, tal como es contemplada por cada país, y las necesidades recaudatorias de los países miembros. En realidad un conflicto de esta clase sólo se resolvería mediante la homogeneización de las normas tributarias referentes a los rendimientos del capital mobiliario y a los capitales mismos, lo cual, así mismo conduciría a la homogeneización de los impuestos personales globales, es decir a la práctica pérdida de la soberanía tributaria de los países miembros, lo que, a su vez, condicionaría las posibilidades de que cada país fijara libremente los niveles de gasto público”.

17 El art. 74, inciso 2 de la Constitución peruana señala: “Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de la jurisdicción y con límites que señala la ley. El Estado al ejercer la potestad tributaria debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

la multa, o puede considerarse como un efecto nocivo de la tributación que vulnera el derecho a la propiedad. No es fácil responder cuál es el límite al nivel de la tributación. El incremento de las necesidades públicas supone que se aplique una gran cantidad de tributos. De igual forma, pueden presentar fenómenos de finanzas extraordinarias como el estado de guerra y otras circunstancias similares. Entonces, una cantidad increíble de tributos deben ser aplicados sin que puedan considerarse expropiatorios. Se puede sostener entonces, que el principio fiscal de no confiscatoriedad no es absoluto¹⁸. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que las tarifas progresivas altas no son inconstitucionales. En su fallo, ha expresado que, con respecto a la potestad de imposición, la extensión de la carga tributaria es materia discrecional de los legisladores, aún en el supuesto de que dicho tributo destruya un negocio, no puede ser considerado inválido ni se podrá exigir compensación por tal efecto. De forma contraria, la Corte Suprema Argentina ha señalado que una tarifa del 33% sobre las utilidades en la venta de inmuebles es inconstitucional¹⁹. En suma, la aplicación de tarifas progresivas altas por sí misma no es ilegal, aunque pueda constituir un inconveniente y contraríe el principio de eficiencia. Adicionalmente, puede destruir en ciertos casos la capacidad económica y conculcar el derecho a la propiedad.

18 J. V. Troya, El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, 1999, p. 453. El autor, al referirse al sistema vigente en la Constitución ecuatoriana sostiene que: “La confiscación está expresamente prohibida (art. 33). Se ha enunciado como un principio de la tributación la no confiscatoriedad. Al efecto se ha sostenido que no caben tarifas impositivas excesivas. Es difícil establecer cuando ocurre ello. Los países desarrollados aplican, singularmente en el impuesto a la renta, tarifas elevadas, algunas que serían inconcebibles en nuestro medio. Lo que se denomina finanza extraordinaria que se utiliza en los casos de guerra, conmoción u otros similares, puede exigir la aplicación de tarifas muy elevadas, incompatibles en tiempos normales. Ello relativiza aún más el principio de no confiscatoriedad. Los casos anómalos que puedan darse deben solucionarse dentro del marco de la capacidad contributiva”.

19 Ver Víctor Uckmar, *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, CEDAM, Padova, 1999, p. 103–106.

El art. 17 2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Cuando los tributos no han sido creados en conformidad a leyes previamente expedidas, existe una violación del derecho a la propiedad, igual cosa ocurre cuando la tributación produce una fuerte reducción del patrimonio del contribuyente. El art. XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho al trabajo. El art. 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también consagran el derecho al trabajo. El art. 17 Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. La libertad de empresa debe considerarse comprendida en la expresión colectivamente. De otra forma, dicha expresión no tuviese sentido. El derecho a la propiedad a favor de una persona es el mismo derecho a la propiedad a favor de dos o más personas. “Colectivamente” significa el desarrollar actividades económicas conjuntas. Adicionalmente, el art. 22 (1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos determina que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras. Esta disposición debe ser interpretada de modo amplio. No concierne exclusivamente las asociaciones de trabajadores, reconocidas en el art. 8 (1) (a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La libertad de trabajo, de empresa, de comercio y de industria, conjuntamente conforman la libertad de actividad económica. Los tributos frecuentemente son aplicados sobre la base de estas actividades, pues las mismas demuestran capacidad económica y contributiva, sin embargo, el régimen tributario no debe violar esas libertades y actividades. Tarifas exorbitantes de impuesto a la renta o de otros tributos pueden ser violatorias de esas libertades, en especial de la libertad de trabajo y del derecho al trabajo, pues impiden que los contribuyentes satisfagan sus necesidades básicas. La falta de una base mínima libre de impuestos también puede resultar violatoria de estas libertades y derechos. El nivel de las tarifas progresivas de tributos sobre la renta puede ser distinto entre uno y otro país. De forma general, los países desarrollados aplican tarifas progresivas más altas que aquellas vigentes en los países en desarrollo. No existe una fórmula general. De cualquier forma, en cada situación particular debe existir un nivel adecuado de tarifas progresivas que no debe ser sobrepasado.

La libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria pueden sufrir iguales consecuencias. La falta de aplicación del costo histórico, incluyendo el costo de reemplazo y otras deducciones a los ingresos brutos, previo a la aplicación de las tarifas progresivas de tributos sobre la renta, pueden violentar la libertad de empresa y también el derecho a la propiedad, pues, en este caso, el patrimonio del contribuyente estaría siendo reducido injustamente. La falta de aplicación de deducciones personales o de exenciones personales previas al cobro del impuesto individual sobre la renta puede violar la libertad de trabajo, pues, en este caso, las prerrogativas del trabajador estarían siendo abusivamente afectadas. Existen otras situaciones análogas: casos en los que un valor tributario justo no es aceptado para efectos de aplicar la tarifa tributaria; exenciones tributarias no consideradas; casos en los cuales la base imponible real no ha sido aceptada por la Administración; no devolución de impuestos, cuando se tiene derecho a ella, entre otros. En todos estos casos la libertad de empresa y similares libertades y derechos son conculcados. En lo que respecta a los tributos indirectos como los arancelarios, impuestos a la venta, impuestos a las transferencias, cuya carga se traslada al consumidor final, también pueden atentar contra el derecho a la propiedad y otros derechos similares cuando los mismos impiden la adquisición normal, la disposición y el tráfico de bienes y servicios. Puede ocurrir que el incremento de la tributación o la doble tributación afecten la circulación de ciertos tipos de bienes y servicios, produciendo distorsiones económicas que obstaculicen a los individuos o a las compañías el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades. La aplicación de impuestos a las ventas y consumos pueden producir los efectos mencionados.

Los tributos medioambientales son de frecuente aplicación en la actualidad. Los mismos no forman parte de la presente disertación, mas pueden también quebrantar la libertad de empresa así como otras libertades y derechos.

El principio de equidad se debe considerar ampliamente en la aplicación de los tributos. La doble imposición local, conocida también tributación o imposición reiterativa y la doble imposición internacional pueden atentar en contra del principio de equidad, la libertad de empresa, la capacidad económica de los contribuyentes así como su capacidad contributiva. Existen, además.

otros temas de tributación internacional que ameritan ser analizados²⁰.

La imposición reiterativa ocurre cuando a un mismo objeto tributario se le aplican dos o más veces un tributo. El volumen total de la contribución derivada de este supuesto puede ser desproporcionado. Por ello, la libertad de empresa y sus similares pueden verse afectados. La potestad tributaria normalmente pertenece a los Estados. Es una derivación de su soberanía. De acuerdo al régimen político, la potestad tributaria puede pertenecer a la Nación o sus Estados Federados o Provincias. Se la ejerce de forma concurrente en los Estados federales. Ello ocurre en los Estados Unidos de América, en México, Argentina y Suiza. La potestad tributaria debe ser distribuida entre distintas entidades públicas, mas no siempre existen reglas claras acerca de cómo debe darse esa distribución. En esos casos, puede ocurrir la imposición reiterativa. Si esta imposición alcanza magnitudes de importancia, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad y otros, pueden resultar violentados.

No existe un principio general de acuerdo al cual se deba evitar la doble imposición internacional²¹. La doble imposición internacional ocurre cuando el mismo objeto es gravado por dos países en relación con el mismo contribuyente.²² Existe doble imposición internacional jurídica y doble imposición internacional económica²³. La potestad tributaria es ejercida por los países

20 J. Van Hoorn, *Methods and Instruments to Study*, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999, p. 929 y ss.

21 José Vicente Troya, *Derecho Internacional Tributario*, Corporación Editora Nacional, Quito, 990. En la p. 37 ver: “Que importante sería que se llegara a reconocer como un principio del DIT (Derecho Internacional Tributario), la improcedencia de la doble imposición, lo que serviría para sentar las bases firmes de este campo del derecho. La dificultad –como queda expresado– radica en que al reconocer este principio, implícitamente se estaría admitiendo por los Estados un condicionamiento a su soberanía”.

22 Ernst Blumenstein, *Sistema di Diritto delle Imposte*, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1954. El autor señala: “Un caso di doppia imposizione si ha allorquando la medesima persona viene sottoposta per il medesimo oggetto, per el medesimo tempo alla stessa imposta in due Cantoni”, p. 76.

23 J. Van Hoorn Jr., *Ibid.* El autor sostiene: “Double taxation is a term which generally is used to indicate that the same object is taxed by two countries in respect of the same

de conformidad con distintos criterios. Algunos países aplican tributos sobre los ingresos de sus residentes, incluyendo los que obtengan en el extranjero. Este sistema se denomina de renta global. Otros países sólo aplican tributos a los ingresos obtenidos de fuentes internas a sus territorios. Existen otros países que aplican tributos a sus nacionales. Este criterio podría violar el derecho a la propiedad pues como ha quedado sentado, la nacionalidad no es demostrativa de capacidad contributiva. Van Hoorn Jr. de forma concisa sostiene que la ley nacional determina si el sistema tributario se basa en la renta global o funciona bajo el sistema de territorialidad, al amparo del cual, sólo la renta de fuente doméstica es sometida a tributación. En este último caso, la cuestión de la residencia es irrelevante, pues sólo el lugar de la fuente es un factor determinante²⁴. La doble tributación internacional por sí mismo no es una tributación injusta, pero puede resultar conculcatoria del derecho a la propiedad, la libertad de empresa y otros, especialmente cuando como resultado de la misma se cobra un mismo contribuyente una suma exorbitante por lo que es deseable que se evite doble tributación internacional. Los métodos más frecuentes para solucionarla son el crédito tributario²⁵ y el método de exención²⁶. Los países de residencia conceden a sus contribuyentes crédito

taxpayer referred to as international juridical double taxation. This excludes case of economic double taxation, which exists if there is not identity of person of the object concerned. A well-know case is that of companies –taxed on their profit– and their shareholders–taxed on the dividends they receive. For this latter kind of double taxation treaties generally provide no solution”, p. 930.

24 J. Van Hoorn Jr., Ibid p. 931.

25 J. Van Hoorn Jr., Ibid. Respecto del método de crédito tributario, dice: “Under the credit method, the foreign income is basically subject to tax but any foreign tax thereon is deduced from (credit against) the corresponding national tax”. p. 931.

26 Ver César Montaña, *El Ecuador y los Problemas de la doble imposición internacional*. Corporación Editora Nacional, Quito, 1999. El autor refiere varios métodos para evitar la doble imposición internacional Estos son: exención, crédito tributario, tax sparing, deducciones como costos pagados en el exterior, distribución de la materia imponible, distribución de los tributos recaudados, entre otros. Estos métodos para evitar la doble imposición deben ser considerados de acuerdo con

por los tributos pagados en el país de la fuente. Esto significa que los países de residencia recogen menos ingresos tributarios, reconociendo los pagos realizados en el exterior como si hubiesen sido ingresados en sus propias arcas. Existe un peculiar método de crédito tributario, denominado *tax sparing*. Por este método, el país de la residencia otorga crédito tributario por los tributos pagados en el país de la fuente así como por los tributos allí exonerados. De esta forma, las exoneraciones e incentivos concedidos en el país de la fuente operan en el país de residencia que aplica el sistema de renta global. Bajo el método de exención total (*full exemption method*) los ingresos sólo se gravan en el país de la fuente²⁷.

Existen también otros aspectos conexos a la imposición internacional que deben ser estudiados. Los procesos de globalización producen efectos peculiares sobre la debida aplicación de los tributos²⁸. Uckmar señala cuáles son estos efectos: gran dificultad para determinar e imponer las tarifas a los intereses sobre los capitales volátiles, competencia tributaria entre los países para alentar la inversión, comercio electrónico off-shore. Uckmar también se refiere al Reporte de la OCDE sobre la Competencia Tributaria Dañosa. Este

la capacidad contributiva de los sujetos pasivos.

Estos métodos se proponen con objeto de facilitar las relaciones económicas internacionales en un modelo de globalización. Las consecuencias sobre los contribuyentes resultantes de la aplicación de cada método no son analizadas. La aplicación de los tributos domésticos así como la aplicación de los tributos internacionales deben ser analizados casos por caso, con el objeto de establecer sus efectos sobre el impuesto a la renta individual. Estos efectos pueden atentar contra el principio de equidad. Consideraciones similares pueden hacerse respecto de la libertad de empresa y otros.

27 A. J. Eason, *Taxation of Direct Investment, an introduction, Kluwer Series on International Taxation* # 24. Eason sostiene: "Under the full exemption method income that is taxable in the source country is not taken into account at all in the residence country in determining the taxpayer's total tax liability. Alternatively, the exemption with progression method may be employed: under that system, the foreign-source income is no taxed in the country of residence but is taken into account in determining the total income of the recipient, and hence, the rate of tax imposed on the rest of his or her income". p. 33.

28 José Vicente Troya, *Ibid* p.39 y ss.

documento no vinculante considera que se ha creado un ambiente en el cual priman los paraísos fiscales y los gobiernos deben adoptar medidas que inserten un régimen preferencial dañino, para atraer más actividades móviles.

La Quinta Recomendación de la OCDE se refiere a la información tributaria. La Séptima Recomendación de la OCDE también se refiere al acceso a la información bancaria del contribuyente con propósitos fiscales. Estas dos Recomendaciones demuestran que el interés del contribuyente es tomado en cuenta y que el derecho a la información se encuentra protegido. Respecto al comercio electrónico, el autor se refiere el bit-tax, el cual podría operar sobre el comercio electrónico vía internet²⁹.

Las utilidades de las empresas multinacionales suscitan el tema de su localización en los diferentes países, los cuales, dentro de una política de competencia, aplican tarifas más bajas o conceden mayores incentivos tributarios para alentar la inversión. Suelen, además, permitir la reducción efectiva de tarifas tributarias a las empresas, pero incrementan la tarifa que se aplica a los contribuyentes individuales, lo cual también puede violentar el principio de equidad³⁰.

29 Víctor Uckmar, *Introduzione*, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999, p. 12 y ss. El autor sostiene: “Da più parti si auspica anhe l’introduzione di regoli fiscali perche la globalizzazione crea preoccupazione per la riduzione del gettito principalmente per effetto: 1) della difficoltà di accertare, e quindi gravare de imposte redditi provenienti da capitale estremamente volatili, il che determina altresì sperequazioni con altri tipi di redditi più legati al terreno (come redditi immobiliari e quelli di lavoro subordinato); 2) della concorrenza delle legislazione atte a attrarre la collocazione delle attività produttive: 3) della utilizzazione di mezzi di comunicazione, in particolare internet a E-mail che hanno aperto l’off-shore electronic commerce, che può sfuggire al controllo del Fisco e quindi a la tassazione”. p. 12.

30 Vito Tanzi, *Globalization, Tax Competition by the future tax systems*, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999. p. 23 Tanzi reconoce que las empresas pueden pagar menos tributos mientras que los trabajadores pueden pagar más, lo cual viola el principio de equidad. Al final de la p. 6 incluye esta cita: “For example, tens of billions of U.S. dollars of Latin American capital escaped taxation in Latin American by being deposited abroad, especially in the United States, in no residents’ accounts which

Otro aspecto ligado a la tributación internacional y los derechos humanos concierne al principio de no discriminación fiscal presente en los convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional. Este principio debe ser analizado en tres niveles: el derecho interno, el derecho supranacional o derecho comunitario, y los tratados internacionales para evitar la doble tributación internacional. También debe incluir los tratados internacionales en materia de derechos humanos y los convenios internacionales de comercio.

Primero, es necesario tomar en cuenta que no existe, en el ámbito internacional, un principio generalmente reconocido que prohíba la discriminación fiscal. Tampoco existe una regla consuetudinaria que la condene. Ello implica que el principio de no discriminación fiscal, en el ámbito internacional, se aplica únicamente cuando existe un tratado o convenio que contenga una cláusula especial al respecto.

El art. 24 del Modelo de Convenio Internacional para evitar la Doble Imposición Internacional de la OCDE no contiene un principio de no discriminación fiscal. Las convenciones celebradas entre los Países Andinos y países desarrollados, tampoco contienen dicho principio. Sin embargo, no siempre se incluyen en los convenios de doble imposición cláusulas que refieran el principio de no discriminación fiscal. Adonnino pertinentemente sustenta que las situaciones de doble imposición no siempre suponen discriminación y señala que las situaciones discriminatorias no siempre se conectan con las situaciones de doble imposición. Los casos en los cuales ocurre la doble imposición son ciertamente perjudiciales, pero no siempre comportan discriminación, y a su vez, las situaciones discriminatorias no siempre tienen que ver con

were no taxed by the United States". Los países Latinoamericanos deben incrementar la gravosidad a los contribuyentes finales con el objeto de reemplazar la no tributación sobre los ingresos de capital. Esto también violenta el principio de equidad. En la p. 38 Tanzi resume los efectos de la competencia fiscal: "The world is waking up to the realization that tax competition is not always a good thing. In fact it may create difficulties for countries by: (a) eventually leading to lower tax revenue (b) by changing the structure of tax systems in directions no desired by policymakers, and (c) by reducing the progressivity of tax systems thus making them less equitable".

casos de doble imposición³¹. Con relación a los derechos humanos, el art. 24, incisos 1 y 2 del Modelo de la OCDE, establece algunas reglas importantes. El inciso 1 establece que el Estado contratante no debe someter al nacional del otro Estado contratante a ningún tributo diferente o más gravoso que aquellos que se aplican a sus nacionales en iguales circunstancias. El inciso 2 determina una igualdad de tratamiento hacia los apátridas similar a aquel que se prevé para los residentes de los Estados contratantes³². La expresión “en iguales circunstancias” tiene relación con “circunstancias substancialmente similares tanto de hecho como de derecho”. Por ejemplo, los extranjeros que no se encuentran sometidos al sistema de renta global y los ciudadanos de los Estados Unidos de América no se consideran sometidos a las mismas circunstancias³³. Los tratados comerciales también incluyen cláusulas de no discriminación. Adonnino se refiere al art. 4 del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, concluido entre Holanda y Yemen en 1985³⁴. De acuerdo a lo anotado anteriormente, la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena determina igual tratamiento a los inversionistas extranjeros, lo cual puede incluir el tratamiento tributario. Sobre su interpretación, ninguna cláusula de no discriminación incluida en un tratado tributario o comercial suele vincularse a los convenios internacionales sobre derechos humanos. Lo que corresponde es establecer si una violación a los derechos humanos se produce o no en cada caso concreto.

31 Pietro Adonnino, No discrimination Rules in International Taxation, *Cahiers of International Fiscal Association* vol. 78b, 1993, p. 34.

32 Pietro Adonnino, op. cit. p. 35.

33 Pietro Adonnino, op. cit. p. 47.

34 Pietro Adonnino, op. cit. p. 67.

Análisis de casos

Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c/Uruguay

Alejandro Pastori Fillol

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República (Uruguay).
Maestría en Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales (DEA),
Universidad de París I, Panthéon–Sorbonne (Francia).
Profesor de Derecho Internacional Público e Integración Regional,
Universidad de la República (Uruguay).

Resumen: El presente trabajo reflexiona sobre las dificultades para cumplir con la sentencia del caso Gelman c/Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la medida en que la misma introduce conceptos referidos a las leyes de amnistía que se contradicen con el ordenamiento jurídico interno del Uruguay. En tal sentido se consideran los planteos de la sentencia, las dificultades constitucionales uruguayas existentes y las posibles opciones para darle solución jurídica a un tema controversial.

Palabras clave: Derechos Humanos; Ejecución de sentencia; caso Gelman c/ Uruguay; compatibilidad con el derecho interno; relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Abstract: This paper analyses the difficulties for the enforcement of the Inter American Court of Human Right's judgment in the case Gelman vs Uruguay, to the extent that the latter introduces concepts concerning the amnesty acts that are not compatible with the Uruguayan legal framework. The paper considers then the judgment, the Uruguayan constitutional difficulties and the possible options to give a legally sustainable solution to this controversial issue.

Keywords: Human Rights; Enforcement of judgments; Gelman vs Uruguay Case; Compatibility with the domestic legal framework; Relations between international and national rules.

Artículo recibido: 15/07/2011 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

Introducción

1. Los elementos de Derecho Internacional reafirmados por la Corte IDH y las obligaciones establecidas que tienen efecto más allá del caso Gelman
2. Los elementos de derecho interno uruguayo aplicables en apoyo de la sentencia de la Corte IDH
3. Obstáculos para un cumplimiento irrestricto de la sentencia internacional de la Corte IDH
4. En busca de una solución para paliar las dificultades para compatibilizar el cumplimiento irrestricto de esta sentencia con los preceptos opuestos de derecho constitucional o internacional vigentes

Introducción

Los principales problemas jurídicos que se plantean para la ejecución plena de la sentencia tienen que ver con los aspectos de la misma que exceden el fallo concreto del caso Macarena Gelman y que obligarían al Estado uruguayo a adoptar ciertas acciones adicionales para estar en consonancia con la legislación internacional.

Para tener una idea clara de estos aspectos, comenzaremos por analizar los elementos de Derecho Internacional Público y/o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que la sentencia reafirma y junto a ellos las obligaciones que la misma introduce y que tienen efectos más allá de la familia Gelman. Asimismo consideraremos dos actos internos, una norma y una sentencia, que confirman estos aspectos de la sentencia internacional.

Luego, será necesario plantear las dificultades existentes para el cumplimiento de la sentencia esencialmente referidas a otras disposiciones internacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a otras normas constitucionales y la existencia de consultas populares sobre el tema, para en función de ellas, considerar las posibles soluciones jurídicas para la ejecución efectiva de la misma en el ordenamiento interno uruguayo.

1. Los elementos de Derecho Internacional reafirmados por la Corte IDH y las obligaciones establecidas que tienen efecto más allá del caso Gelman

Varios elementos de la sentencia exceden al propio caso Gelman y permiten ratificar o completar conceptos que ya marcan una tendencia jurisprudencial en materia de derechos humanos.

1.1 El cumplimiento obligatorio de la sentencia internacional

No quedan dudas acerca de la obligación para el Uruguay de cumplir con la sentencia internacional de la CDH. Esto ya se sabía de antemano porque está establecido en la CADH¹. Además fue reconocido en la propia defensa del Estado en el caso Gelman cuando expresó “*se encuentra fuera de toda duda posible su compromiso a dar cumplimiento al fallo de la Corte en el presente caso*”. Esta obligación se deriva además de las normas generales sobre derecho de los tratados y de principios básicos de derecho internacional como la buena fe. Nadie se somete voluntariamente a un tribunal si no es para cumplir con su sentencia, sea ésta favorable o desfavorable.

1.2 La existencia de normas de *jus cogens* en materia de DD.HH

La ratificación de que existe un conjunto de normas imperativas cuya

1 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

violación lleva a la nulidad de la disposición que las contradice (normas de *jus cogens*) permite a la Corte integrar en esta categoría a las normas sobre derechos humanos. Esta categorización no es nueva en el Derecho Internacional Público y está pacíficamente reconocido que las normas relativas a los derechos humanos fundamentales integran ese especial cuerpo normativo.

Doctrinariamente, esta posición de la Corte IDH se funda en la evolución sufrida en el Derecho Internacional, por la cual la comunidad internacional pasa de un sistema de cooperación a uno de defensa de los intereses generales, entre los que se encuentran los derechos humanos. Esto no sólo afecta al Uruguay sino también a todos los Estados nacionales.

Como consecuencia de ello, la compatibilidad de las normas de Derecho interno con las del Derecho Internacional sería controlada cada vez más por organismos internacionales. Por otro lado, la posición de que no se puede generar derecho contra las normas *ius cogens* es algo que hoy está asumido en el Derecho Internacional. Esta concepción de preeminencia del Derecho Internacional sobre el interno en el campo de los derechos humanos subyace en todo el fundamento del fallo de la Corte Interamericana.

1.3 La prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno

La circunstancia anterior ya pone a la protección de los derechos humanos en un plano superior al de la defensa de otro tipo de normas convencionales. Por ese motivo, la Corte IDH hace referencia a que los Estados deben proceder en la materia a un “control de convencionalidad”, el que debe realizarse por parte del juez o legislador nacional, de las normas internas con las internacionales para evitar que las primeras entren en conflicto con las segundas y resulten, además de ilegales, carentes de efectos jurídicos, puesto que la consecuencia internacional de adoptar una norma contraria a una norma de *jus cogens* es la nulidad de la misma.

1.4 La falta de efectos jurídicos de una ley contraria a la CADH desde un punto de vista internacional

Por los motivos arriba señalados, la Corte IDH entiende que la ley de caducidad carece de efectos jurídicos. Esta constatación es la más polémica

desde el punto de vista práctico por las consecuencias extra-Gelman que acarrea para el Estado uruguayo, que veremos luego.

Dice la Corte IDH al respecto:

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.

1.5 Las consecuencias de esta afirmación en materia de obligaciones adicionales que se generan indirectamente al Uruguay, para quedar en consonancia con la legalidad internacional

Lo dispuesto por la Corte IDH obliga por tanto al Uruguay a adecuar también su legislación nacional a la internacional. De no hacerlo estará manteniéndose en una posición de infracción internacional permanente.

La Corte IDH lo dice claramente en los siguientes términos

... debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad por la Corte IDH, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, *el Uruguay ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma*, en relación con los referidos artículos 8, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En consecuencia el Estado uruguayo deberá adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenir la CADH, como la Ley de Caducidad, en la medida en que ésta puede impedir

la investigación de graves violaciones a derechos humanos, conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además de impedir a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.

1.6 La ciudadanía y las mayorías como resguardo de la soberanía nacional.

La Corte no considera que los argumentos del Estado uruguayo referidos a la importancia de la ratificación popular de la ley de caducidad tengan incidencia sobre su ilegalidad y por tanto sobre la responsabilidad que le cabría al Uruguay por mantenerla vigente.

Al respecto menciona con contundencia que:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.. *La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana*, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas,*

en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

2. Los elementos de derecho interno uruguayo aplicables en apoyo de la sentencia de la Corte IDH

2.1 El artículo 72 de la Constitución uruguaya sobre los derechos de la persona humana.

Tal cual surge del artículo 72 de la Constitución de la República, el respeto a los derechos inherentes a la persona humana y a la forma republicana de gobierno, deben ser protegidos sobre la base de una interpretación amplia que haga que estos derechos tengan una efectiva protección². Esto es el reconocimiento de que *todos* los derechos inherentes a la persona humana tienen rango constitucional, estén o no previstos por la misma. De esta manera se entiende que los derechos humanos recogidos por la CADH, o cualquier tratado de derechos humanos del que nuestro país sea parte, pasan a integrar nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional.

En función de ello, ya no se puede sólo plantear el cumplimiento de esta sentencia como un tema exclusivo de preeminencia del Derecho Internacional, como lo hace la Corte por tratarse de una jurisdicción internacional, sino que también normas internas de derecho uruguayo, de la máxima jerarquía, avalan la protección de los derechos humanos conculcados en la especie.

2.2 La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad del año 2009

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró por primera vez la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad en el año 2009, revirtiendo su jurisprudencia anterior, en el *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentencia No. 365.

2 Texto del artículo 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay
“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

La posición de nuestra SCJ quedó desde entonces alineada en el mismo sentido que el determinado ahora por la Corte IDH en su sentencia del caso Gelman, que declara la ilegalidad y la falta de efectos jurídicos de las leyes de amnistía que protegen a los violadores de derechos humanos³.

3. Obstáculos para un cumplimiento irrestricto de la sentencia internacional de la Corte IDH

Si bien puede concluirse sin demasiada dificultad, a la luz de lo ya mencionado, que la ley de caducidad debe desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico y que el Estado uruguayo debe adecuar su normativa con las normas internacionales (y constitucionales que las incorporan), el camino para hacerlo no es sencillo, pues existen argumentos en contra de un cumplimiento irrestricto de la misma.

3 Los fundamentos esenciales para declarar la inconstitucionalidad de la ley de caducidad por parte de la SCJ fueron los siguientes:

[nadie] niega que, mediante una ley dictada con una mayoría especial y para casos extraordinarios, el Estado puede renunciar a penalizar hechos delictivos. [S]in embargo, la ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías [porque] declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

En tal marco, [la ley de amnistía] en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.1 Obstáculos al cumplimiento de naturaleza Constitucional: Puede esgrimirse que para cumplirse este fallo de la Corte IDH, se puede tener que violar nuestra Constitución (y por eso no se debería cumplir).

Esto se plantea porque la sentencia de la Corte IDH dice que, al quedar sin efectos jurídicos la Ley de Caducidad

...el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.

Adoptar disposiciones que vayan contra el principio de la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada y *non bis in idem* sería inconstitucional y violaría derechos consagrados por la Carta expresamente, o implícitamente por la vía del artículo 72, que ahora pasa a jugar en el otro sentido. De esta forma, los casos ya amparados por la ley de caducidad cuando no existían pronunciamientos en su contra (sino por lo contrario su convalidación a nivel interno) volverían a ser reabiertos contrariando principios constitucionales.

3.2 Obstáculos jurídicos de naturaleza internacional

Además estos principios están reconocidos y consagrados nada menos que por la propia CADH, cuyo artículo 9 se denomina “Principio de Legalidad y de Retroactividad” y dice que “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*”. Curiosamente, sin embargo, la Corte dice que hay que pasar por encima del principio de irretroactividad de la ley penal, que está consagrado por el propio Pacto de San José, lo cual es una contradicción.

Por otro lado, el conflicto no se da sólo entre derechos establecidos por la CADH sino que también podría plantearse entre derechos humanos que encuentran su lugar en otras fuentes internacionales y que en este caso juegan en direcciones opuestas: así puede esgrimirse que el debate es entre la prevalencia de la verdad y justicia por un lado y la paz y el orden por el otro.

3.3 Obstáculos referidos a una inequívoca prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre nuestro orden Constitucional o ¿debe cumplirse toda sentencia independientemente de su contenido?

El razonamiento aquí es el siguiente: sin duda, nosotros estamos sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana porque en un momento dado ratificamos al tratado que es la CADH y sancionamos una ley que luego fue promulgada por el Poder Ejecutivo, aceptando las disposiciones de la misma y, por ende, las disposiciones de la Corte. Ahora bien, esa ley, como todas las leyes, debió ajustarse al marco constitucional y, si lo hubiera excedido, sería inconstitucional. Por lo tanto, la ley nunca puede aceptar la jurisdicción de un organismo que puede, eventualmente, dictar fallos contrarios a las normas de nuestra Constitución; si así lo hiciera, si aceptara que una Corte cualquiera pudiese dictar fallos contrarios a nuestra Constitución, esa ley que acepta la jurisdicción de la Corte sería en sí misma inconstitucional. Por lo tanto, el Uruguay –como los otros Estados– no estaría obligado a cumplir con fallos que nos condenen a violar nuestra propia Constitución. Podemos modificar las leyes para ajustarnos al fallo recaído en nuestra contra, pero no violar las disposiciones de la Constitución.

3.4 Obstáculo de la legitimidad democrática.

Puede sostenerse, al contrario de la sentencia que en este caso en particular el pueblo uruguayo dio solución al problema a través de consultas específicas, impidiendo la derogación primero y la anulación luego, de la ley de caducidad, ejerciendo su derecho a solucionar el tema de forma democrática, obviando el planteo del tema como una dicotomía entre derechos humanos y mayorías que hace la Corte, donde prevalecen los derechos humanos.

4. En busca de una solución para paliar las dificultades para compatibilizar el cumplimiento irrestricto de esta sentencia con los preceptos opuestos de derecho constitucional o internacional vigentes

4.1 La anulación de la ley, con el riesgo del efecto boomerang

Procurar la anulación de la ley por el parlamento no es posible porque esto no entra dentro de sus competencias. Esto sólo lo puede hacer la SCJ caso a caso. Por otro lado, proyectos como el que estuvo bajo la consideración parlamentaria para “interpretar” de forma obligatoria que la ley de caducidad no tiene efectos (para lograr su anulación sin hacerlo directamente), igualmente se enfrentarían con el problema de la irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y el *non bis in idem* ya vistos, por lo cual no resuelven jurídicamente la cuestión planteada, pues para paliar una inconstitucionalidad se corre el riesgo de caer en otra, por lo que la anulación o proyectos similares no tienen un camino jurídico despejado. El proyecto no fue aprobado por faltar un sólo voto en la Cámara de Representantes (mayo 2011).

4.2 La aplicación directa y prevalente del derecho internacional en materia de nulidad

Podría argumentarse que la nulidad nos viene del derecho internacional directamente: ya que la ley de caducidad es contraria a una norma de *jus cogens* y la consecuencia jurídica de ello es su nulidad. Si es así, sin necesidad de una ley, todos los efectos de la ley de caducidad hacia atrás caen y todo lo actuado durante su supuesta vigencia no tiene valor.

Esto permitiría sin dudas dejar de lado las objeciones constitucionales anteriores que levantaba la nulidad ordenada por órganos internos, pero tampoco se ve muy bien de qué forma se llevaría a cabo la declaración de esta nulidad internacional en la práctica, sin volver a pasar por los caminos anteriores de derecho interno referidos a la anulación: el Poder ejecutivo no tiene competencia para declarar que una ley es considerada anulada en virtud de un fallo internacional; tampoco la tiene el legislativo, y la SCJ lo hace para los casos concretos.

4.3 La aplicación directa y prevalente del DIP, declarada por la SCJ basada en una ley interpretativa del artículo 329.1 de la Constitución.

Podría hacerse una ley interpretativa del artículo 329.1 de la Constitución para que la SCJ tome cartas en el asunto y decida el caso con carácter general. Dicho artículo le da competencias a la SCJ para entender en causas relacionadas con la aplicación de tratados internacionales⁴

4.4 La derogación de la ley de caducidad y el mantenimiento del statu quo hacia atrás

Tenemos también la opción más simple que es la derogación de la ley, con efectos sólo hacia el futuro. En este caso se estarían dejando libradas las 88 causas pasadas a las competencias actuales de los diferentes órganos, sea a una revocación administrativa del ejecutivo, sea a la reconsideración de la SCJ caso por caso. Parece ser la forma más práctica de salir del embrollo, aunque no elimina los efectos que ya tuvo la ley de caducidad, que se mantienen hacia el pasado, pero no se tocaría la cosa juzgada, ni la irretroactividad de la ley.

Para los casos pasados que ya han sido amparados por la ley de caducidad puede pensarse que, con la ley derogada, con este fallo de la Corte IDH a favor y con la actual jurisprudencia de la SCJ también a favor, existan buenas posibilidades para una posible revisión de casos anteriores, de encontrarse hechos supervinientes que ameritaran su reapertura (y antes del mes de noviembre ya que prescribe en ese mes el delito de homicidio). Esta opción no tiene consenso político en la mayoría porque no deja sin efectos hacia atrás la norma.

4 Artículo 239. A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las Cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

4.5 La derogación acompañada de la adopción de actos administrativos revocatorios de los casos planteados con anterioridad a la derogación, y que fueron amparados por la ley de caducidad.

Finalmente la solución podría consistir en el dictado de un acto administrativo por parte del Ejecutivo revocando todos los actos administrativos anteriores que consideraron diversos casos comprendidos en la ley de caducidad.

De esta manera, por razones de legitimidad y con efectos retroactivos se cumpliría con la sentencia eliminando obstáculos hacia el pasado. Un sector de la doctrina que puede sostener que existe una suerte de “cosa juzgada” administrativa, que no se estaría teniendo en cuenta en su planteo (en definitiva esos actos se pueden anular ante el TCA), pero pese a ello esta solución es la que más se puede acercar al cumplimiento de la sentencia sin caer en manifiestas inconstitucionalidades para hacerlo.

De hecho es la que ha retenido, luego de la frustrada votación en el Parlamento, el gobierno uruguayo, cuyo poder ejecutivo ha revocado todos los actos administrativos anteriores que se fundaron en la aplicación de la ley de caducidad (junio 2011).

El derecho con seguridad sabrá encontrar su curso por esta vía, sea en el sentido de reabrirlos o de que queden amparados por la cosa juzgada y *non bis in idem*. Parece ser la forma más cercana y práctica de cumplir con la sentencia sin arriesgar los principios constitucionales, algo que sin dudas entenderá la Corte IDH.

4.6 El problema de una modificación post plebiscito y las mayorías

Nos queda finalmente aún un problema por resolver, que es el del las consultas populares. La derogación o la interpretación anulatoria de una ley ratificada por la voluntad popular plantea en todos los casos el problema adicional de si el parlamento puede hacerlo sin volver a consultar a la ciudadanía. Creemos que a esta pregunta le cabe técnicamente una respuesta afirmativa. La respuesta sobre la legitimidad de esta acción es en cambio, a nuestro juicio, de carácter político.

Para la CDH no se trata de un desconocimiento de la voluntad popular, se trata del cumplimiento de una sentencia internacional y lo que se plantea acá es una dicotomía entre mayorías y derechos humanos.

Desde un punto de vista jurídico la Corte IDH ha dejado claro que no existe un conflicto entre ambos conceptos, debiendo prevalecer la protección del individuo. No sería posible que las mayorías fueran en contra de normas de *jus cogens* y establecieran normas, por ejemplo, claramente lesivas de las minorías.

4.7 ¿Y si se considera que lo hecho no es dar cumplimiento a la sentencia? ¿Cuál es la consecuencia?

Primero habría que ver si con lo hecho (la revocación de los actos administrativos anteriores) se está realmente dando cumplimiento a la sentencia de la CDH. En los hechos no exactamente, pues la ley no sale del ordenamiento jurídico uruguayo, pero es un paso en ese sentido. Pensamos que, en la medida en que el Estado uruguayo pueda probar que todos sus órganos han hecho todo lo constitucionalmente posible para dejar sin efectos la ley de caducidad, sin lograrlo, esto puede ser un argumento a favor de que no ha habido un incumplimiento. Para que ello fuera un argumento totalmente atendible, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, creemos que el Uruguay debería demostrar que incluso intentó reformar su Constitución, de forma tal de que no se le pueda oponer la disposición del artículo 2 de la CADH que dice:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Respecto de las consecuencias de no cumplir, si tal fuera el caso, la principal es pasar a integrar el grupo de los Estados que son incumplidores del derecho internacional, siendo que la política exterior del Uruguay, en la mayoría de los casos precisa apoyarse en él para reivindicar la legitimidad de sus posiciones. Al ser el Uruguay un país pequeño, el cumplimiento irrestricto y el apego al derecho internacional normalmente le sirven de escudo ante

posibles arbitrariedades basadas en relaciones de poder. Como dice la máxima jurídica: “Entre el fuerte y el débil, la libertad constriñe y la ley libera”. Pero no hay consecuencias directas previstas para el caso de incumplir una sentencia de la CDH o modos de ejecución internacionales.

La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del Caso Mini Numa

Pedro de Jesús Pallares Yabur

Licenciado en Derecho y Máster en Pedagogía por la
Universidad Panamericana (México).

Máster en Derecho de la Globalización y de la Integración Social,
Universidad de Navarra (España).

Resumen: A raíz de un amparo concedido a los dirigentes de una comunidad indígena en extrema pobreza por violación al derecho a la salud, el autor toma el hecho y hace un análisis de los posibles argumentos que pueden utilizarse para la protección judicial del derecho a la salud; especialmente en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sólo es posible hacer justiciables los actos concretos que producen un daño real y cuantificable que pueda ser imputable al Estado. La violación directa a ese tipo de derechos no es tan problemática como la revisión judicial de la progresividad, es decir, la revisión judicial del diseño de la política pública.

Palabras clave: recursos disponibles; políticas públicas; derechos sociales; amparo; recursos; progresividad; justiciabilidad, pobreza; indígenas; derecho a la salud.

Abstract: Based on the protection granted to the extremely poor leaders of an indigenous community for the violation of their right to health, the author tries to build an argument to be used for the legal protection of this right in the context of the Inter-American System of Human Rights. It is just possible to do justice in concrete acts that cause a real and quantifiable damage that can be imputable to the State. The direct violation to this type of rights is not as problematic as the judicial review of progressivity, that is, the judicial review of the public policy.

Keywords: available resources; public policies; social rights; protection; resources; progressivity; justiciability; poverty; indigenous; right to health.

Sumario

Introducción

1. El contexto, antecedentes y resolución del caso¹
2. El caso de Mini Numa a la luz de violaciones directas a los Derechos Sociales
3. Mini Numa y la protección judicial por revisión de la Progresividad

Introducción

En junio de 2008 un juez de distrito resolvió un amparo a favor de unos indígenas de Guerrero sobre protección del derecho a la salud². Como toda resolución judicial sobre derechos económicos, sociales y culturales reafirma la idea de que este tipo de derechos puede ser protegido por vía jurisdiccional; pero al mismo tiempo, invita al investigador a un análisis detallado sobre las causas, argumentos y consideraciones que funcionan para otro tipo de casos similares.

Como se verá, ofrecer garantías para derechos sociales aplicando instrumentos que fueron diseñados para defender principalmente derechos civiles y políticos puede hacer ver *forzados* a los procesos jurisdiccionales, principalmente de amparo. En efecto, ¿cuánto tiempo se requiere para liberar un preso, o permitir la interposición de una demanda? Por el contrario, ¿cuánto tiempo se necesita para re-elaborar una política pública relativa a la cobertura de salud? ¿En cuánto tiempo se construye un hospital?

Aún así, somos de la idea de que los Derechos Económicos Sociales y Culturales pueden ser protegidos judicialmente, aunque, al igual que los derechos civiles y políticos, la facilidad o dificultad de la garantía dependerá de qué se le pide a la autoridad.

1 La reconstrucción de los hechos y del contexto se basa tanto en la sentencia de Amparo, principalmente el *Considerando Quinto*.

2 Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, Expediente 1157/2007, Numero de Expediente Único Nacional: 5935338.

1. El contexto, antecedentes y resolución del caso³

El Estado de Guerrero se encuentra dentro de las tres entidades más pobres de México, junto con los Estados de Chiapas y Oaxaca. El 13% de la población es indígena y se concentra principalmente en los 19 municipios de la Montaña y en 8 municipios de la región llamada Costa Chica. En la Montaña de Guerrero como en todo el país, los pueblos indígenas son los más marginados y vulnerables. Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Montaña de Guerrero es una de las regiones de mayor pobreza en el mundo. El nivel de desarrollo de los municipios de *Metlatónoc* y *Cochoapa El Grande* se compara con el de Kenia y Malawi en el continente africano.

Uno de cada 4 niños muere antes de cumplir los 6 años de edad, generalmente por las “enfermedades de la pobreza” (ocasionadas por parásitos y desnutrición y provocando vómito y diarreas) y por la falta de atención e infraestructura médica por parte del estado. De cada 100 mil partos, mueren 281 mujeres en la Montaña, cuando el promedio nacional es de 51 mujeres (5 veces menos). Existe un solo ginecólogo para atender a 17.654 mujeres en edad fértil, cuando el promedio nacional es de un ginecólogo por 2.414 mujeres.

Mini Numa pertenece al municipio de Metlatónoc, encontrándose a hora y media a pie de la cabecera municipal. El pueblo tiene más de 100 años de estar asentado, aunque es reconocido como Delegación municipal desde hace solo 8 años. Está integrado por 321 personas⁴.

El juez de amparo centra su argumento en dilucidar si el servicio público relativo a la salud que “se debe prestar [...] a los habitantes del estado de Guerrero, que así lo requieran” son atendidos en la práctica conforme a lo establecen tanto la ley como la política pública que define los modos y medios de atención.

3 La reconstrucción de los hechos y del contexto se basa tanto en la sentencia de Amparo, principalmente el *Considerando Quinto*.

4 La reconstrucción de estos hechos está tomada de la página web del Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan (www.tlachinollan.org), quien asesoró a los quejosos.

En su descripción de los hechos los demandantes refirieron que el pueblo de Mini Numa, “es una comunidad indígena Na Savi (Mixteca), que se encuentra a una hora y media de camino a pie, de la cabecera municipal Metlatónoc, Guerrero, conocida por su pobreza extrema; que las enfermedades han llegado a ser causa de defunción entre los habitantes de esa comunidad, principalmente niñas y niños; [...] destacando como factor de las defunciones la falta de atención médica en la clínica que se encuentra en Metlatónoc [la cabecera municipal]”.

Las autoridades de la comunidad pidieron al gobernador del Estado y su Secretario de Salud que proveyeran una “unidad médica con personal capacitado para atender a la comunidad”. En respuesta, la Secretaría de Salud del Estado se refirió a los requisitos contenidos en la política pública diseñada para la atención de la salud, llamada “Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS)”; que establece que “para construir un centro de salud, la localidad sede debía contar con una población de dos mil quinientos a tres mil habitantes por núcleo básico, a una distancia de quince kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido, al Centro de Salud más cercano; y en razón de que la comunidad de Mini Numa, tiene una población de doscientos setenta y un habitantes, éstos son atendidos por el centro de salud de Metlatónoc, Guerrero, que se encuentra a una distancia de cuatro kilómetros y un tiempo de recorrido de sesenta minutos”.

La respuesta del Secretario de Salud no carece de lógica: los recursos son escasos, la política pública los distribuye lo mejor posible y el pueblo en cuestión no reúne los requisitos para construir un centro de salud en Mini Numa. El mismo MIDAS establece que en caso de no poder construir un Centro de Salud (lo que sí podría ser en la cabecera municipal), podría construirse “Casas de Salud” en comunidades rurales dispersas; de tal manera que junto al gobierno federal, puede establecerse una red de servicios de salud que garanticen la continuidad de atención. El MIDAS condiciona el establecimiento de las “Casas de Salud” a que la comunidad interesada proporciones un espacio físico adecuado.

Para resolver el caso, el Juez de Distrito que resuelve el amparo, no se preocupa por analizar (i) si el diseño de la política pública es correcto –es decir, cumple con los requisitos de progresividad– o (ii) si el estado es respon-

sable por la muerte por enfermedades que podrían resolverse en las Casas de Salud –diarrea, infecciones comunes, etc–. Su preocupación es resolver si se aplicaba o no el MIDAS. Para el juez de distrito, en este caso el derecho a la salud es la correcta aplicación de la política pública diseñada conforme a la ley. Y centra –o reduce si se quiere– su análisis a este punto.

En la sentencia, después de reconocer y describir el carácter “legal” del MIDAS, analiza que en el pueblo en Mini Numa se cuenta tanto “con una *Casa de Salud*” pero que “ésta no cumple con las condiciones mínimas en la que los quejosos y demás pobladores de la aludida comunidad rural, puedan recibir atención médica; por que en primer lugar, no cuenta con el mobiliario respectivo; y en segundo lugar, es casi inexistente el medicamento con que cuenta”.

Al pueblo de Metlatónoc deben acudir los habitantes de Mini Numa para el siguiente nivel de atención médica, es decir un “*Centro de Salud*”, donde según el MIDAS se debe ofrecer servicio las veinticuatro horas, debe contener un sistema de radio–comunicación, ambulancia, un médico, enfermera y capacidad para atender enfermedades un poco más graves como consulta externa, geriatría, laboratorio, ultrasonido, etc.

Pero queda probado para el juez que tampoco se cumplen en Metlatónoc los “los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, pues sólo existen dos vagones que fueron donados por la fundación “Vamos México”, que no cumplen con las condiciones mínimas (luz, agua, sanitarios); es inexistente la prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; sólo es atendido por un médico que presta sus servicios de lunes a viernes, con un horario de ocho de la mañana a tres de la tarde; por tanto, aún y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa, tengan que acudir a ese centro de salud, no se satisfacen sus necesidades básicas de atención a la salud.”

Y concluye el juzgador que “es evidente que se vulnera en perjuicio de los aquí quejosos, las garantías” relativas a la salud. El juez reconoce que este derecho, “no obstante de que se trata de un derecho universal, que protege a todo ser humano y en este sentido, como se trata de un derecho prestacional

en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones de hacer por parte de los poderes públicos y para hacerlo realidad, el acceso a la salud debe ser universal, equitativo y de calidad; sin que en el caso los poderes públicos puedan alegar motivos no justificados, como la escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales”.

Por lo tanto, el juez señala que se violaron los artículos 1 (no discriminación), 2 (derechos indígenas) y 4 (derecho a la salud) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así que su argumento se reduce a reconocer (a) que la violación directa a la Constitución exhime de la obligación de agotar los recursos administrativos respectivos; (b) el artículo 4(3) de la CPEUM impone obligaciones de ‘hacer’ y de conseguir un ‘acceso’ a la salud; y (c) no se cumple con la Constitución, ni con la Ley General de Salud, al no aplicar el MIDAS.

Condena al Gobierno del Estado y a la Secretaría de Salud del Estado a que de manera inmediata equipe adecuadamente –con mobiliario, servicio de luz, agua, drenaje y medicamentos suficientes– la casa de salud que construyó la propia comunidad con recursos propios; y otorgue atención médica las 24 hrs. Además, exhorta a que el centro de salud de la cabecera municipal cumpla con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) y demanda por ello a las autoridades en materia de salud que construyan un inmueble adecuado que cuente con personal, medicamentos y servicios básicos para su buen funcionamiento. El juez advierte: “[s]in que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero puedan alegar falta de presupuesto, porque se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional”.

El proceso jurisdiccional descrito que comenzó el 12 de noviembre de 2007, que recibió sentencia el 11 de julio de 2008. La Secretaría de Salud de Guerrero respondió que está imposibilitada para cumplir con la sentencia de Amparo, pues carece de recursos suficientes, presupuestados y reales. Además, las leyes de la materia no contemplan asignación de recursos por procedimientos distintos a la elaboración de políticas públicas.

El 13 de agosto de 2008 la sentencia causó ejecutoria, por lo que el juez de Distrito, los emplazó para que en 24 horas informen sobre los trámites que están realizando para dar cumplimiento del amparo. A saber: otorgar la Clave

Única de Establecimientos de Salud de la clínica construida por los habitantes de Mini Numa; equiparlo y atenderlo adecuadamente.

El 25 de septiembre de 2009 la autoridad remite documentación al Juez de Amparo por el que afirma haber desarrollado, de forma ininterrumpida, la construcción de la construcción del centro de salud. Sin embargo, para julio de 2011, el juez de amparo seguía reconviendo a la autoridad para que diera cumplimiento a la sentencia.

2. El caso de Mini Numa a la luz de violaciones directas a los Derechos Sociales

Como se ha visto, el juez de amparo otorgó la protección judicial al derecho a la salud argumentando considerando sólo la aplicación de una política pública diseñada legalmente. ¿Es esto la protección de los derechos sociales? La respuesta es sí. Y esto se debe a que, al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales pueden ser violados por una acción directa contraria a ellos.

Para explicar la anterior necesitamos aclarar dos ideas. Primero, los documentos internacionales suelen (i) reconocer un contenido normativo, (ii) fijar las obligaciones de los estados en relación a esos derechos, (iii) ofrecer una estructura *remedial*, recursos, y (iv) establecer un organismo que monitorea el cumplimiento de las obligaciones del Estado. Esto nos permite distinguir –como segunda idea– entre contenido normativo (la descripción del derecho, por ejemplo en qué consiste la salud o una vivienda) y obligaciones del estado (lo que el estado se obliga hacer respecto a ese derecho *respetar, garantizar, medidas apropiadas y recursos efectivos*).

Los DESC son generalmente programáticos en su contenido normativo. Pero las obligaciones del Estado, son siempre de aplicación, comportamiento y efecto inmediato. Por tanto los DESC no son sólo un conjunto de buenas intenciones respecto al trabajo, la vivienda, la educación, etc.; puesto que cada derecho incluye la obligación del Estado para respetar, garantizar ofrecer recursos judiciales y determinar el contenido normativo principalmente a través de políticas públicas progresivas.

El carácter programático de los DESC es irrelevante cuando se trata de

revisar si el Estado incumplió sus obligaciones de *respeto*, *garantía* y *recursos efectivos*. Y respecto a la obligación de *medidas apropiadas*, el diseño de políticas públicas que son las que aplican los recursos disponibles –limitados si se quiere– en el caso concreto.

Para el juez de distrito en el caso de *Mini Numa*, la violación a la garantía consistió precisamente en no aplicar la política pública respectiva. Una violación directa. Aquí la progresividad en cuanto tal era irrelevante. Pero no resolvió un atentado contra el derecho a la vida de los niños fallecidos por la falta de atención. Los menciona en la sentencia, como manifestaciones de los quejosos, pero no hay una declaratoria de responsabilidad Estatal.

¿Sería posible revisar lo sucedido bajo los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? Somos de la idea de que sí.

En los casos de violación directa el carácter progresivo del DESC no es relevante para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado. Es suficiente que que no se haya (1) respetado, o no se hubiera (2) garantizado, o no se hubieran (3) realizado las medidas apropiadas de aplicación inmediata en relación con alguno de los niveles de las obligaciones *respetar*, *proteger*, *cumplir-facilitar*, *cumplir-promover*, o *cumplir-proveer*. La progresividad no es relevante; sí lo es una obligación de carácter inmediato que no se cumple.

Esto puede suceder cuando no se elabora un plan de acción, o éste es discriminatorio o no se aplica, o no se elabora escandalosamente bajo los estándares de una *medida apropiada*, o es imposible algún recurso administrativo y/o jurisdiccional, o daña un derecho porque lo lastima, dificulta o elimina, etcétera⁵.

5 En un operativo militar, “agentes Ejército mexicano penetraron violentamente en la comunidad indígena de Morelia, Municipio de Altamirano, Estado de Chiapas, en los Estados Unidos Mexicanos [...], irrumpiendo en las casas, sacando a los hombres a golpes, reuniéndolos en la iglesia y en la cancha de básquetbol del ejido y, en ese lugar, los obligaron a tirarse en el suelo con la cara contra el cemento. Mientras los tenían en esas condiciones, los soldados se dedicaron a saquear las casas y las tiendas del poblado, y a destruir la clínica de atención médica.”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Severiano y Hermelindo Santiz Gómez (Ejido Morelia) vs México Informe N° 48/97, caso 11.411,18 de febrero de 1998, en *Informe Anual 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98,Doc.

El trabajo de Tara Melish sobre la protección judicial⁶ de derechos sociales en el Sistema Interamericano ofrece cuatro estrategias para defender derechos sociales⁷ como violaciones directas. La primera, el ‘enfoque indirecto’ busca una protección indirecta alegando violaciones a través de la protección al debido proceso legal (artículo 8 del PSJ), de la no discriminación (artículo 1 y 24 del PSJ) y de la protección judicial (artículo 25 del PSJ); basada en la exigencia de evitar la arbitrariedad en sus acciones y en la asignación de recursos programáticos que debe acompañar todo acto de autoridad. De tal manera que aunque el Estado tome el camino político que desee respecto a estos derechos, debe elegir no sólo el más razonable o apropiado, sino que también debe ser legal, no discriminatorio y como cualquier acto de autoridad, debe permitir la revisión judicial.

El segundo, es el ‘enfoque de integración’, que tiene su punto de partida en la interacción entre DESC y DCP; pues estos últimos no son sólo “civiles” o “políticos”, sino que necesita del desarrollo de los DESC para poderse ejercer; o en algunos casos, la violación a un DESC implica la violación de un DCP. Por ejemplo, el derecho a la propiedad implica la protección del derecho a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos e ilegales; o el derecho a la salud, se protege a través del derecho a la vida⁸.

6,17 febrero 1998, hechos denunciados. Aunque en el caso la Comisión no resuelve violaciones a los DESC, las acciones directas de saquear las casas y las tiendas del poblado, y la destrucción de la clínica, pudieran constituir una violación a la obligación de respetar el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda de los pobladores.

6 Los sistemas internacionales de derechos humanos prevén que los Estados presenten informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los DESC (Artículo 16 PIDESC y Artículo 19 del Protocolo de San Salvador –PSS–). Pueden recibir tanto del CDESC o en su caso de la Comisión IADH, recomendaciones sobre el desarrollo de los DESC. Estos caminos pueden ser eficaces, pero no son contenciosos.

7 Cf. Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, edición a cargo de: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights (Yale Law School) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.

8 Respecto a la protección de los DESC a través de DCP puede verse también Abramovich,

En el ‘enfoque de violaciones complejas’ Melish sugiere que a partir de los criterios establecidos en el caso Velásquez Rodríguez de la Corte IDH, sobre lo que constituye una violación compleja, se pudiera aplicar a DESC, en concreto a la práctica de desalojos forzosos⁹. De acuerdo al citado caso una violación compleja se constituye cuando existe:

una práctica que (1) debe ser comprendida y encarada de una manera integral; (2) ha llevado a una actitud concreta de censura y repudio generalizados por parte de la comunidad internacional; (3) constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Parte están obligados a respetar y garantizar; (4) implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención; y, (5) supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención¹⁰.

Víctor, et.al., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid. Por mostrar sólo algunos, los derechos citados en el trabajo de Melish son: Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (documentos de identificación para el acceso al trabajo y a la seguridad social); derecho a la vida (derecho a la salud, a condiciones dignas de vida); derecho a la integridad personal (protección de la cultura, de la salud, adultos mayores); no esclavitud o servidumbre (libertad de trabajo forzoso); derecho de asociación y reunión (derecho de sindicalización y defensa de sus derechos); derecho a la intimidad (inviolabilidad del hogar); libertad de pensamiento y expresión (acceso a la información y defensa de los DESC); derecho de propiedad (vivienda, tierras y asistencia social); libertad de circulación y residencia (propiedad cultural indígena en sus tierras ancestrales, refugiados y sus condiciones de vida).

9 Cfr., Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, op.cit. pp. 395–402.

10 Íbidem, p. 396, se omitieron las citas internas, pero son los párrafos 150, 151, 155 y 158 de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Ser. C) No. 4.

En este contexto, ¿qué es necesario demostrar para determinar la responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), al determinar la posible responsabilidad de Cuba en el caso *Víctimas del Barco Remolcador “13 de marzo” vs Cuba*, expone cuáles son los elementos que deben concurrir para establecer dicha responsabilidad en relación a la muerte de 41 personas cuyo naufragio fue provocado por guardacostas cubanos:

I) Existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla de derecho internacional vigente.

II) El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.

III) Debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito¹¹.

La *obligación incumplida* hace referencia a las obligaciones de garantizar, respetar, medidas apropiadas y recursos efectivos que de alguna manera no se practican; el *daño real* hace referencia a un contenido normativo dañado; la *imputabilidad al Estado* implica la acción directa por parte de los agentes del Estado o imputables a ella; y un *nexo causal* previsible entre el incumplimiento del Estado y el daño real.

En este caso, ¿podría considerarse la muerte de los niños como *daño real* contrario al derecho a la vida protegido por el artículo 4 del Pacto de San José (PSJ)? Para construir un argumento presumiblemente eficaz, se tendría que explicar y demostrar, (i) el daño real causado a la vida que (ii) pueda ser imputable al Estado.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Víctimas del Barco Remolcador “13 de marzo” vs Cuba*, Informe N° 47/96, Caso 11.436, 16 de octubre de 1996, en Informe Anual 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 marzo 1997, párr. 76. La Comisión cita las obras “Manual de Derecho Internacional Público, Max Sorensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pág. 508. Dichos elementos de responsabilidad internacional son formulados también por Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su obra *Derecho Internacional Público*, Tomo IV, pág. 34, Fundación de Cultura Universitaria, 1991”.

La Corte Interamericana entiende que la vida humana no puede interpretarse de manera estricta. En efecto, además de incluir la inviolabilidad de la vida humana –la permanencia biológica, la prohibición de una muerte injusta o arbitraria y de la pena de muerte¹². También incluye otros aspectos más *personales*, pues la vida humana es mucho más que la permanencia funcional–biológica. De manera explícita, así lo reconoce la CrIDH en el caso *Niños de la Calle vs Guatemala*:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna¹³.

De tal manera que es posible proteger por el artículo 4 del PSJ las condiciones de vida digna de intervenciones ilegítimas del estado. En el caso *Yakye Axa vs Paraguay* la CrIADH interpreta que el derecho a la vida incluye las condiciones de vida digna. En el caso, algunos miembros de la comunidad no recibieron atención médica por parte del Estado.

12 Por ejemplo, “[T]odo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Ser. C) No. 4, párr. 164.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 1999, Serie C No. 63, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

[...]

164. En el capítulo sobre hechos probados [...] se concluyó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras.

[...]

165. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento [...]. A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso [...], las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.

[...]

168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de

enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad...¹⁴.

Como puede verse, la Corte IDH no encuentra culpable al Estado solo porque ciertas comunidades indígenas *padezcan* pobreza o incluso ellos se hayan podido ponerse en condiciones desfavorables. La Corte entiende que los riesgos a la salud y a la vida pueden *imputarse* al Estado por cuatro motivos. Primero, el Estado *se encuentra en posición de garante* –en este caso, cuando los afectados acudieron al centro de salud o cuando el estado reconoció el cuadro grave de pobreza–. Segundo, los afectados son miembros de un grupo vulnerable se entiende que el Estado actuará con especial prudencia en la aplicación de su política pública. Tercero, el Estado “genere o agudice” la situación de pobreza o de riesgo a la salud. Y cuarto, en ese contexto, la acción del Estado haya sido razonable.

Así por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero vs México*, la Corte condena a México de violar el derecho a la vida de tres mujeres encontradas muertas en Ciudad Juárez. En ese caso, aunque no se conoce al autor material de los homicidios –ya sea o no un agente del Estado– se consideró que cuando el Estado tuvo conocimiento de la desaparición de unas mujeres en concreto, existía ya un peligro “real e inmediato” por el contexto de violencia en Ciudad Juárez. El estado mexicano no es responsable jurisdiccionalmente por ese contexto, pero sí por no adoptó medidas razonables para encontrarlas con vida una vez habiendo conocido la situación:

284. [...] El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125.

horas valiosas. En el período entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor una vez éstas no repercutieron en acciones de búsqueda específicas. Además, las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas que daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez llevan al Tribunal razonablemente a concluir que hubo demoras injustificadas luego de las presentaciones de las denuncias de desaparición.

[...]

285. Además, [...] [t]ampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato¹⁵.

En el caso de *Mini Numa*, sería posible imputar al Estado las condiciones de salud porque el Estado estuvo en posición de garante al diseñar una política pública como el MIDAS y no cumplirla cuando miembros de un grupo vulnerable intenten tanto el reconocimiento de la Casa de Salud en su pueblo, como la falta de tratamiento efectivo en el Centro de Salud en Metlatónoc. Esto agudizó la situación de riesgo de los indígenas de esa comunidad; y ante la gravedad –más bien poca– de las enfermedades padecidas, fue irrazonable que fueran regresados a su pueblo sin atención médica.

3. Mini Numa y la protección judicial por revisión de la Progresividad

Hemos dicho que cuando los derechos sociales son transgredidos direc-

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 284, 285.

tamente la progresividad no es relevante para determinar la responsabilidad del Estado. Bastaría describir la obligación incumplida, que produce un daño real, que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño, y que sea imputable al estado. ¿Es posible hacer este análisis pero desde la revisión de la progresividad.

Tara Melish¹⁶ explica que sólo en las obligaciones de los Estados que se orientan hacia individuos concretos, y a la vez son obligaciones de conducta (no de resultado), son las únicas en las que es posible determinar, al menos a nivel de procedimientos cuasijurisdiccionales o judiciales del Sistema Interamericano de derechos humanos, los requisitos de un daño real concreto y una conducta delimitada para ser revisada por dichos órganos. “Esta es la única dimensión que permite establecer si existe o no un daño concreto e individualizado que puede ser imputado al Estado a través del incumplimiento de un deber de conducta contra una víctima individual”¹⁷.

Somos de la idea de que la progresividad de una medida puede ser revisada, no sin dificultad, en el contexto de la asignación de recursos de una política pública. Es decir, si el diseño de la política pública cumple con los requisitos mínimos razonables para ser progresiva. Junto a ello, habría que demostrar el nexo causal el diseño de la medida con el daño causado. En este caso se revisaría, administrativa o judicialmente, si dicha medida es la más eficaz y progresiva de las posibles. Es decir, en este supuesto, lo que se revisa es una conducta del Estado –la progresividad de la medida–, no el resultado de su decisión; aunque lo primero se puede hacer patente a través de lo segundo.

El artículo 26 del PSJ recoge la obligación de adoptar *medidas apropiadas* respecto a los DESC contenidos en la Carta de la OEA, a saber, educación, alimentación, salud, vivienda, seguridad social, sueldos justos, condiciones justas de trabajo, sindicalización y huelgas, acceso a la cultura, etc.¹⁸ Para utilizar este

16 Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas*, Forthcoming 39, NYU J. Int’l L. & Pol. 1, pp. 67–71.

17 *Íbidem*, p. 71.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la Elaboración de*

artículo como fundamento habría que diferenciar la obligación del estado por elaborar medidas apropiadas del contenido normativo al que se dirigen. El peticionario tendría que demostrar que, en su caso, el Estado le ocasiona un daño real al no haber tomado las medidas apropiadas para lograr el desarrollo progresivo de su derecho; debe demostrar, adicionalmente, que existe un nexo causal razonable entre la acción del Estado y el daño a su derecho.

¿Cómo determinar si los Estados incumplen la obligación de progresividad al asignar sus recursos disponibles? Los Estados determinan el uso que le darán a sus recursos a partir de la elaboración de políticas públicas. La protección judicial de la progresividad de los DESC implica la revisión del carácter no arbitrario del establecimiento de la política pública. El Proyecto del Primer Protocolo Facultativo del PIDESC, que se abrió a firmas en septiembre de 2009¹⁹, establece tres procedimientos de defensa de los DESC, uno de ellos el de Comunicaciones Individuales por violaciones a casos concretos de los derechos contenido en el Pacto²⁰. En dicho procedimiento, se prevé la posibilidad de que personas concretas aleguen en contra de su país, el incumplimiento de las obligaciones referidas al artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en relación a los DESC reconocidos en los artículos 6 a 15 del mismo tratado. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) revisará de manera confidencial dichos reportes, las respuestas de los Estados, y determinará si las medidas adoptadas fueron razonables en el contexto en el que país tomó esa determinación²¹.

Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 5, 5 octubre 2007.

19 Asamblea General, Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

20 También prevé procedimientos de Comunicaciones Interestatales por incumplimiento de las obligaciones del Protocolo y el Procedimiento de Investigación, por el que se analizarían cuadros generalizados de sistemáticas violaciones a los DESC.

21 Artículo 8 (4): Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto.

¿Cómo determinar la razonabilidad de una medida progresiva? El CDESC explica que las medidas apropiadas –de todo tipo, pero especialmente las administrativas, financieras, educativas y sociales– deben adoptarse de manera inmediata, deliberada, concreta, con el objeto de cumplir con las obligaciones del Pacto²². Todo lo cual se traduce en la elaboración de un plan de acción donde se aprovechen al máximo los recursos disponibles. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma al respecto:

... Si bien el artículo 26 [del PSJ] no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de *encarar dicho proceso* de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos²³.

El plan de acción debe ser progresivo, es decir, impone al Estado una obligación en un doble sentido: avanzar lo más rápida y eficazmente en conseguir la efectividad del derecho; y al mismo tiempo, cuando la medida es deliberadamente regresiva, justificarlo en el contexto de todos los derechos y el aprovechamiento de todos los medios a su alcance²⁴.

Entonces, ¿cuáles son los requisitos mínimos que debe tener el plan de acción, en concreto la política pública, para cumplir con la obligación de ser

22 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párrs. 2, 7.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.I/V/II.102., párr. 4.

24 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr.9.

medida *apropiada*? Ya hemos hablado de unos requisitos explícitos²⁵: 1) Elaborar un plan de acción; 2) ejecutar dicho plan de acción; 3) uso máximo de recursos disponibles; 4) la no discriminación en la garantía y promoción de estos derechos (arts. 2(2), 3 y 5 del PIDESC); iv) progresividad y no regresividad. El CDESC entiende por progresiva efectividad el “proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”²⁶; 5) posibilidad de revisión jurisdiccional, ya sea por un recurso administrativo y siempre por un procedimiento judicial; 6) incluir entre las medidas apropiadas la cooperación internacional (PIDESC, art. 2(1)); 7) informar al CDESC las medidas adoptadas para garantizar los DESC de aplicación inmediata y la realización progresiva de los derechos que están determinados por los recursos de un país (PIDESC, arts. 2(1) y 16).

Pero estos requisitos llevan unidos, esencialmente, ciertas condiciones implícitas que en caso de no realizarse, sería prácticamente imposible calificar de *adecuada* cualquier medida, a saber: i) participación de la sociedad civil en la elaboración de las prioridades y medios para conseguir las metas trazadas por el plan de acción²⁷; ii) estudio de impacto de la medida adoptada; iii) mecanismo de medición de cumplimiento de objetivos; iv) medios de rectificación en las metas e implementación; v) transparencia en la evaluación y uso de los recursos públicos.

En el contexto de la discusión sobre el Primer Protocolo Facultativo del

25 Los que se recogen en el artículo 2(1) del PIDESC y los Comentarios Generales 3 y 9 del CDESC.

26 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr. 9.

27 Al respecto, la Corte IDH comenta en relación a los Derechos Políticos (Artículo 23 del PSJ): “El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 200.

PIDESC, el CDESC ha descrito estos elementos como indispensables para valorar una medida como apropiada²⁸:

1) las medidas que se toman son deliberadas, concretas y dirigidas al cumplimiento de los DESC;

2) en el ejercicio de la discrecionalidad el Estado no comete actos discriminatorios, ni arbitrarios;

3) la distribución de los recursos disponibles se hace de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos;

4) donde sea posible aplicar varias opciones en el diseño de la medida, se elija la opción menos restrictiva de los derechos humanos;

5) se establezca un tiempo y éste sea razonable para el cumplimiento de la meta propuesta;

6) si el plan de acción toma en cuenta la situación de los grupos vulnerables y marginados; ya sea para facilitarles el acceso o como prioridad del programa;

7) en caso de regresividad, si se mantiene un mínimo básico de disfrute del derecho, se pasa por una recesión económica o cualquier otra causa que justifique esa medida;

8) igualmente, si se decidió por la opción de bajo costo en la implementación de la regresión;

9) finalmente, si buscó la cooperación internacional.

En el Protocolo de San Salvador²⁹ –dentro del Sistema Interamericano– se reconocen las siguientes obligaciones de aplicación inmediata por parte de los Estados: 1) adoptar medidas para la realización progresiva de los DESC descritos en dicho protocolo (Art. 1); 2) adecuar la legislación interna (Art. 2);

28 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the “Maximum of Aviable Resources” under an Optional Protocol to the Covenant, E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007, especialmente los párrs. 8 y 10.

29 Ratificado por México el 16 de abril de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de septiembre de 1998.

3) prohibir la discriminación (Art. 3); 4) prohibir las restricciones a derechos no reconocidos en el protocolo (Art. 4); 5) limitar de estos derechos sólo por vías democráticas y legales (Art. 5); 6) a presentar informes anuales a la OEA (Art. 19); y, 7) en caso de violación al derecho a la educación (art. 13) o a la afiliación sindical (art. 8(a)), someterse al procedimiento de comunicaciones individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 19(6)).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en la interpretación de los recursos disponibles,

... se deben medir [...], en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general [...], sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de (personas) no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente³⁰.

De manera análoga, sería posible determinar si una conducta que genere la regresividad puede ser revisable siempre y cuando no cumpla con tres condiciones: 1) si se eligió la opción menos restrictiva; 2) si la resolución se tomó en relación con la totalidad de los derechos humanos, es decir, es regresiva en un derecho concreto, pero para progresar en otras medidas más generales; y, 3) la regresión se aprueba en el contexto del aprovechamiento del máximo de recursos³¹.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cinco Pensionistas vs. Perú”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

31 “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr. 9.

Una vez descrita la obligación incumplida, en este caso un diseño arbitrario, no progresivo de la política pública, se tendría que demostrar el nexo causal que impute al Estado el mal diseño con el daño real. En el caso de Mini Numa sería que dicho diseño irrealizable que en la práctica generó un daño real.

Este camino tiene la dificultad de que al analizar judicialmente la política pública se tendría que comparar con una más eficaz, y al mismo tiempo que el diseño es el que produce el daño real en el caso concreto. En el caso de Mini Numa, podría argumentarse que el diseño de la política pública es irrealizable y eso causa el incumplimiento de la misma. Sinceramente vemos difícil que un tribunal acepte un argumento así; pero pensamos que en el caso de los DESC, la defensa judicial de la progresividad implica un análisis de la asignación de los recursos. Otro tipo de violaciones directas del Estado puede generar responsabilidad internacional sin que esté en juego el carácter progresivo del mismo.

Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras

María Milagros Noli

Abogada por la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina).

Ex abogada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

Washington D.C. (Estados Unidos).

Abogada de la Dirección de Derechos Humanos de la Provincia de Mendoza (Argentina).

Resumen: En el presente trabajo se identifican y analizan las funciones políticas que competen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en consideración de su rol de órgano de promoción y protección de los derechos humanos en América. Asimismo, con el objeto de observar, en la práctica, la forma en que la CIDH implementa dichas funciones, se estudian las acciones políticas que, en ocasión del golpe de Estado ocurrido en Honduras en el año 2009, adoptó dicho organismo con miras a ejercer presión y exigir el retorno a un régimen democrático de gobierno y el respeto por los derechos fundamentales de todas las personas que se encontraban en dicho país.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Funciones políticas; Honduras; golpe de Estado.

Abstract: This paper focuses in the identification and analysis of non-judicial functions that fall within the Inter-American Commission on Human Rights, taking into consideration its role as a body for promoting and protecting human rights in the Americas. Also, in order to observe how the IACHR implements –in practice– those functions, we study the non-judicial actions that were undertaken by the Commission regarding the Coup D'état occurred in Honduras in 2009, with the purpose of exerting pressure and demand return to a democratic government and respect for fundamental rights of all persons who were in that country.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights; non-judicial functions; Honduras; Coup D'état.

Artículo recibido: 18/08/2011 Aprobado: 15/09/2011

Sumario

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
 - 1.1 Breve reseña institucional. Principales funciones.
 - 1.2 Funciones políticas
2. La aplicación de funciones políticas de la CIDH en ocasión del golpe de Estado en Honduras
3. Conclusiones
4. Bibliografía

El golpe de Estado consumado en Honduras el 28 de junio de 2009 vino a quebrantar el orden democrático regional que –al menos en la gran mayoría de los países latinoamericanos– se había logrado recuperar un par de décadas atrás, con mucho sacrificio y con muchas vidas humanas de por medio.

Este hecho, sin precedentes en el hemisferio durante el siglo que corre, puso a la Comunidad Internacional frente a un desafío de mayúsculas dimensiones. Debía ésta condenar, con firmeza y sin el menor esbozo de tolerancia, todo acto que significare una ruptura en el orden constitucional de un país democrático y mostrarse sólida en la defensa por el respeto al estado de Derecho.

Las inmediatas condenas emitidas por las y los máximos mandatarios de los países de la región –y del mundo– en contra del quiebre constitucional ondureño, los pronunciamientos de los organismos internacionales¹ y de los

1 Así por ejemplo, Naciones Unidas adoptó su Resolución A/RES/63/301 “La situación en Honduras: quebrantamiento de la democracia”, el 1 de julio de 2009; el Consejo Permanente de la OEA aprobó su Resolución CP/RES. 953 (1700/09) “Situación actual en Honduras”, el 28 de junio de 2009; y la Comisión Interamericana, también el 28 de junio, publicó su Comunicado de Prensa 42/09 “CIDH condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras”.

grupos de integración regional –como el ALBA² o el MERCOSUR³– en contra de los sucesos ocurridos, la resolución adoptada en el seno de la OEA disponiendo “[s]uspender al Estado de Honduras del ejercicio de su derecho de participación en la Organización de los Estados Americanos de conformidad con el artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana”⁴, *inter alia*, nos permiten concluir que la Comunidad Internacional actuó a la altura de las circunstancias.

En particular, observamos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –al igual que un sinnúmero de entidades, organizaciones, instituciones, etc.– adoptó diversos mecanismos dirigidos a denunciar esta arremetida contra el orden democrático e institucional, como así también a tutelar a las personas que, en dicho contexto, veían amenazados diversos derechos protegidos por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En efecto, la CIDH hizo uso de todos los mecanismos políticos que le otorgan los instrumentos que regulan su accionar y que resultaban adecuados y eficaces para afrontar esa situación. Es respecto de esas acciones sobre las cuales queremos reflexionar en el presente artículo.

Sin embargo, previo a proceder con el estudio de las acciones desplegadas por el citado organismo frente al caso hondureño, reseñaremos algunos aspectos esenciales vinculados con su existencia y funcionamiento.

2 “Declaración de los Estados miembro de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América condenando el golpe de Estado en curso contra el Presidente de la República de Honduras José Manuel Zelaya”, de 25 de junio de 2009.

3 “Declaración de los presidentes de los Estados parte del Mercosur y Estados asociados sobre el golpe de Estado en Honduras”, de 24 de julio de 2009.

4 OEA, Asamblea General Extraordinaria, Resolución AG/RES 2 (XXXVII-E/09) de 4 de julio de 2009; punto resolutivo 1.

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1.1 Breve reseña institucional. Principales funciones.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁵. Su existencia, a diferencia del otro órgano junto al cual integra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) –la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, no tan sólo está determinada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino también –y en forma previa– en la Carta de los Estados Americanos (artículos 53 y 106).

Así, en el ejercicio de la función de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos que le atribuye el artículo 106 de la Carta, la Comisión ejerce una serie de facultades que escapan a las funciones de orden “cuasi-jurisdiccional” que le otorgan la CADH y otros instrumentos. Estas otras herramientas con las que cuenta la CIDH para dar cumplimiento a la misión que le fuere encomendada hace más de 50 años, han sido definidas por la doctrina como “funciones políticas” o “funciones no contenciosas”.

Y si bien es cierto que, en términos de difusión, muchos de los/as usuarios/as del SIDH vinculan a la CIDH casi estrictamente con el ejercicio de sus funciones cuasi-jurisdiccionales, es oportuno recordar las palabras del ex Secretario Ejecutivo de la CIDH, Edmundo Vargas Carreño, en el sentido de que

[s]i debemos evaluar la obra de la Comisión [...] lo más importante, en términos de efectividad, de contribuir a cambiar conductas de gobiernos a favor de los derechos humanos e incluso de salvar vidas, está precisamente en el ejercicio de estas funciones no contenciosas⁶.

5 CIDH. Sitio web oficial: *¿Qué es la CIDH?*. <http://www.cidh.oas.org/que.htm>.

6 Edmundo Vargas Carreño, *Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: observaciones in loco e informes sobre situaciones de derechos humanos*.

1.2 Funciones políticas

Definición y naturaleza

Las funciones políticas de la CIDH, en tanto exceden las limitaciones derivadas del análisis de un caso en particular, buscarán influir en la situación general de derechos humanos reinante en algún país americano.

A efectos de definir el origen o fuente de la cual emanan dichas facultades, resulta necesario remitirnos a todo el plexo normativo que regula la existencia y funcionamiento de la CIDH, toda vez que estas funciones emergen tanto de la Carta de los Estados Americanos y de la CADH, como también de su Estatuto y de su Reglamento. A consecuencia de ello, si bien las funciones concedidas por intermedio de la CADH se encontrarán limitadas en razón de la ratificación que de dicho instrumento hubieren realizado los Estados, lo cierto es que el resto de ellas podrán ser ejercidas en relación con cualquiera de los Estados miembro de la OEA.

Clases

No resulta posible pretender una enunciación taxativa de las mismas, toda vez que al analizar las obras de los diferentes autores, observamos que no coinciden necesariamente en su enunciación.

Así, por ejemplo, el Comisionado Felipe González menciona: i) la elaboración de informes de país; ii) la realización de visitas *in loco*; iii) el trabajo especializado a través de las Relatorías de la CIDH y otros mecanismos; iv) actividades de promoción de derechos humanos; y otras tareas⁷.

Por su lado, el ex Secretario Ejecutivo Vargas Carreño, considera como funciones no contenciosas las visitas *in loco*, los informes sobre situaciones de derechos humanos, la promoción de los derechos humanos a través de cursos y seminarios, el asesoramiento brindado a gobiernos, la mediación ante conflictos producidos en el interior de un país, y la contribución de la CIDH a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en América⁸.

7 González, Felipe, 2009, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*.

8 Vargas Carreño, Edmundo; obra citada.

A su vez, la propia CIDH advierte que su función principal es la promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, e indica que, en el ejercicio de su mandato, *inter alia*:

“[o]bserva la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembro, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un Estado en particular”; “[r]ealiza visitas in loco a los países para profundizar la observación general de la situación y/o para investigar una situación particular”; “[e]stimula la conciencia de los derechos humanos en los países de América [...]”; “[r]ealiza y participa en conferencias y reuniones de distinto tipo con representantes de gobiernos, académicos, grupos no gubernamentales, etc... para difundir y analizar temas relacionados con el sistema interamericano de los derechos humanos”; y “[h]ace recomendaciones a los Estados miembro de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos⁹.”

Por nuestra parte, centraremos el análisis en:

1 – Visitas *in loco*:

Las visitas *in loco* son, como su nombre lo indica, aquellas visitas que realiza la Comisión al territorio de un Estado americano. Son, al decir del Comisionado González, “una de las atribuciones más importantes que tiene la Comisión” y constituyen una práctica que “ha[...] contribuido a dar visibilidad a la Comisión en los países americanos, así como a fortalecer el impacto de su trabajo”¹⁰. Además, otros autores consideran que dichas visitas “son, a veces, la única respuesta posible cuando existen violaciones masivas graves y que afectan a muchísimas personas”¹¹.

9 CIDH. Sitio web oficial: ¿Qué es la CIDH?. <http://www.cidh.oas.org/que.htm>.

10 González, Felipe; obra citada.

11 Vargas Carreño, Edmundo, citando a Claudio Grossman, en *Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: observaciones in loco e informes sobre situaciones*

Durante la realización de una visita *in loco* participan –por lo general– la mayoría o la totalidad de los Comisionados/as, el Secretario Ejecutivo y personal técnico de la Secretaría Ejecutiva. La agenda a desarrollarse es fijada de manera independiente por la CIDH y, generalmente, contiene tanto reuniones con altas autoridades nacionales como con organismos de la sociedad civil local. Las visitas se realizan con el fin de tomar conocimiento de la situación general de derechos humanos en un país, o bien, verificar el estado de situación de un determinado derecho o cuestión en particular¹².

Por lo general, luego de una visita *in loco*, la CIDH publica un informe sobre la situación constatada. Dicho informe puede ser –como se verá posteriormente– un informe de país o un informe temático, dependiendo de la finalidad perseguida en la visita¹³.

El fundamento legal de este mecanismo está previsto en el artículo 18.g) del Estatuto de la CIDH. Al respecto, podemos advertir que si bien dicha norma fue incluida en el Estatuto recién en octubre de 1979, la CIDH realizaba *visitas* desde hacía varios años atrás, fundando dicha atribución en lo dispuesto por el artículo 11.c) *in fine* de su antiguo Estatuto¹⁴. Adicionalmente, el Reglamento de la CIDH contiene un capítulo titulado “Observaciones *in loco*”, donde se regulan diversos aspectos relacionados con su desarrollo.

Es importante destacar que, conforme reza el citado artículo estatutario, es necesario contar con la anuencia o la invitación del Estado que se pretende visitar. Así, algunos países han extendido una “invitación abierta y permanente” a la CIDH¹⁵, mientras que otros se expiden frente a cada solicitud en parti-

de derechos humanos.

12 González, Felipe; obra citada.

13 Si bien en la práctica la CIDH generalmente emite un informe, ello no sucede necesariamente. Así, por ejemplo, podemos citar el caso de la visita *in loco* realizada entre el 1 y el 5 de diciembre de 2008 a Jamaica, respecto de la cual aún no se publicó un informe.

14 Si bien durante la década del sesenta la CIDH –o algunos de sus miembros– visitaron algunos países, Edmundo Vargas Carreño entiende que la primera visita *in loco* a un país realizada con el fin de estudiar la situación general de los derechos humanos fue la realizada a Chile en 1974 (obra citada).

15 Entre dichos países se encuentran, inter alia, Argentina, Brasil, Colombia, Guate-

cular. En tanto ningún Estado está obligado a permitir una visita de la CIDH, entendemos que ésta disposición significa una restricción en el ejercicio de su función, por cuanto no existe un mecanismo a partir del cual se pudiere instar al Estado que ha rechazado una solicitud, a revisar su decisión¹⁶. Al respecto, considera Vargas Carreño que esa conducta “*aunque técnicamente no constituya una transgresión a una norma jurídica, puede ser expresiva de la conducta de un Estado de no querer cooperar con uno de los órganos principales de la Organización, lo que podría significar pagar un precio político*”¹⁷. A modo de ejemplo, podemos citar los casos de Venezuela¹⁸ y Nicaragua¹⁹, Estados que durante los últimos años se han mostrados reticentes a permitir una visita de la CIDH.

2 – Informes sobre situación de derechos humanos

La CIDH, además de emitir informes relacionados con denuncias particulares, adopta informes de carácter general. Ello, toda vez que tanto su Estatuto como la CADH la facultan para “*preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones*”²⁰.

mala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay. CIDH, Discurso del Presidente de la CIDH, Florentín Meléndez, de 9 de octubre de 2007. <http://www.cidh.oas.org/Disursos/10.09.07sp.htm>.

16 Al respecto, Vargas Carreño diferencia entre la anuencia que debe prestar un Estado cuando se trata de una visita in loco, y aquella que debe prestar frente a las solicitudes formuladas a efectos de realizar investigaciones en terreno en relación con un algún hecho denunciado en el marco del sistema de casos y peticiones (artículo 48 de la CADH). Respecto de esta segunda, considera que su rechazo si podría importar una violación a la CADH.

17 Edmundo Vargas Carreño; obra citada.

18 CIDH, *Informe Anual 2010*; párrafo 610.

19 CIDH, anexo al Comunicado de Prensa 28/11, de 1 de abril de 2001.

20 *Estatuto de la CIDH*, artículo 18(c) –referido a las facultades que tiene la Comisión en relación con todos los Estados miembro de la Organización–; CADH, artículo 41(c).

Estos informes pueden ser: a) informes de país; o b) informes especiales²¹. Aunque también, en algunas oportunidades, la CIDH elabora informes que significan la suma de ambas categorías²².

Los informes de país, a su vez, pueden ser: a.i) informes especiales dedicados específicamente a un país; o a.ii) informes de país incluidos en el Informe Anual de la CIDH.

La primera categoría señalada, que encuentra fundamento en el artículo 58 del Reglamento de la CIDH, constituye una de las herramientas más utilizada desde los inicios del organismo. Así, durante la década del 60 se emitieron seis informes de país; trece durante los '70; quince en la década del 80, al igual que en los '90; once durante el primer decenio del Siglo XXI y uno en lo que va del actual.

Los autores coinciden en que este mecanismo, al igual que las visitas *in loco* –mecanismos que, como ya advertimos, se encuentran estrechamente ligados–, es el adecuado para lidiar con situaciones en las que se cometen violaciones de derechos humanos a gran escala y de manera sistemática.

En estos informes se analiza la situación general de derechos humanos existente en un determinado Estado, y se formulan recomendaciones al respecto. Si bien como regla general estos informes van precedidos de una visita *in loco*, ello no resulta estrictamente indispensable. Así, retomando el ejemplo de Venezuela, la CIDH publicó en 2009 el informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” sin haber podido visitar el terreno.

Antes de ser publicados, los informes se ponen en conocimiento del Estado al que refieren, con el objeto de que presente observaciones sobre el mismo. Su posición será valorada por la CIDH, a efectos de decidir sobre posibles modificaciones al informe y sobre la oportunidad de su publicación²³.

21 Todos los informes generales –de país y especiales– se encuentran en el sitio web de la CIDH: *Informes Especiales*. <http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm>

22 Por ejemplo, los informes “Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia”; o “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”.

23 Reglamento de la CIDH, artículo 60.

El seguimiento de las recomendaciones formuladas se realiza a través del Capítulo V del informe anual.

En relación con la segunda categoría de informes de país (punto a.ii), la Comisión tiene la facultad de incluir en su informe anual a la Asamblea General de la OEA “*informes generales o especiales que la Comisión considere necesarios sobre la situación de derechos humanos en los Estados miembro*”²⁴. Estos informes son incluidos en el Capítulo IV del informe anual, en el cual la Comisión se refiere a la situación de derechos humanos en determinados países miembros de la organización, con fundamento en la competencia que le asignan la Carta de la OEA, la CADH, su Estatuto y su Reglamento²⁵. La inclusión o el tratamiento de la situación de derechos humanos de un país en este capítulo es una decisión que adopta la CIDH sobre la base de cinco criterios establecidos en el Informe Anual 1997 “*para identificar los Estados miembro de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merec[en] atención especial*”.

Este tipo de informes puede haber estado precedido, o no, de una visita de la Comisión –o de algunos de sus miembros– al país en cuestión. También contienen recomendaciones para los Estados, y son trasladados a los mismos en forma previa a su publicación, con idénticos fines²⁶.

Podemos observar que la lista de países incluidos en el Capítulo IV se ha mantenido casi sin mayores alteraciones en los últimos años. Así, desde el informe anual 2000 hasta el del año 2010, fueron incluidos: i) Cuba y Colombia, todos los años; ii) Venezuela y Haití, en ocho oportunidades; iii) Honduras, en las últimas dos publicaciones; y iv) Ecuador y Guatemala, en una oportunidad²⁷.

Por otro lado, en lo que respecta a los informes especiales (señalado *supra* como punto “b”), podemos decir que presentan la misma base reglamentaria que los informes generales de país. Asimismo, en principio, el procedimiento seguido para su adopción es similar.

24 Reglamento de la CIDH, artículo 59.1).h.

25 CIDH, Informe Anual 2010, Capítulo IV; párrafo 1.

26 Reglamento de la CIDH, artículo 59, segundo párrafo.

27 CIDH. Sitio web oficial: *Informes anuales de la CIDH*. http://www.cidh.oas.org/annual_esp.htm.

La principal diferencia radica, lógicamente, en la especificidad de la materia sobre la cual versará el documento. Los principales temas desarrollados en este tipo de informes especiales han estado vinculados con los derechos de las mujeres y de los pueblos indígenas. Cabe destacar que en su elaboración, reviste particular importancia el trabajo que realizan las Relatorías especializadas de la CIDH.

3 – Solicitud de información, audiencias públicas generales y comunicados de prensa

Existen otras funciones que son implementadas por la Comisión y que le permiten transmitir, de manera clara y concisa, un mensaje político.

Así, cuando la Comisión solicita información sobre hechos particulares sucedidos en el territorio de un Estado parte –con base en el Artículo 41 de la CADH–, además de procurar dicha información, está poniendo en conocimiento de las autoridades estatales que dicha situación le genera preocupación. En igual sentido, cuando la CIDH decide conceder una audiencia pública para discutir un determinado tema, no sólo está manifestando su interés respecto del mismo, sino que está impulsado la difusión internacional del tópico de que se trate. Análoga situación se presenta en relación con los comunicados de prensa, por cuanto la CIDH, al publicarlos, no tan solo está aprobando o rechazando actos que involucran el accionar de un Estado en particular –o de varios–, sino que está poniendo en conocimiento de la comunidad internacional su posición respecto de los actos que constituyen el objeto del comunicado.

4 – Actividades de promoción de derechos humanos

En aras de dar cumplimiento a su responsabilidad de promover los derechos humanos en el continente, la Comisión emplea diversas herramientas, tales como seminarios, charla de expertos/as, capacitaciones, publicaciones, pasantías, colaboración en la ejecución de competencias universitarias relacionadas con el SIDH, concursos de afiches, etc²⁸. Además, lejos de concentrarse

28 En similar sentido, Vargas Carreño y González, en obras citadas

exclusivamente en la utilización de los medios clásicos de difusión, recurre a aquellos que, gracias a las nuevas ofertas tecnológicas, permiten establecer relaciones a mayor escala. Así por ejemplo, nos encontramos con la reciente tendencia de emplear las redes sociales (*Facebook, Twitter*).

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que esta tarea presenta, en relación con las otras funciones que ejerce la CIDH, una naturaleza complementaria. La razón de ello es muy sencilla, y la explica claramente Felipe González, al presentar el paralelismo que existe entre la exclusividad de la CIDH en la labor de protección de derechos humanos a nivel continental –“*ya que ninguna otra entidad [...] tiene el mismo rol que la CIDH*” a ese respecto– y la multiplicidad de actores que intervienen en la realización de la labor de promoción de derechos humanos, tales como organismos académicos, no-gubernamentales y estatales²⁹.

5 – Actividad consultiva sobre derechos humanos

Otro de los mecanismos a través de los cuales la CIDH puede transmitir a los Estados lineamientos puntuales en relación con cuestiones vinculadas con derechos humanos, es el de responder las consultas que éstos presenten.

Así, la CADH y el Estatuto identifican entre sus atribuciones la de “*atender las consultas que [...] le formulen los Estados miembro en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, [...] prestarles el asesoramiento que éstos soliciten*”³⁰.

6 – Codificación del derecho internacional de los derechos humanos

Otra función es la de colaborar en la elaboración de legislación internacional en materia de derechos humanos. Así, por ejemplo, basta con recordar que el anteproyecto final de la CADH surgió desde la CIDH, o advertir que la redacción del primer borrador de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas –aún en discusión– también estuvo a cargo de la

29 González, Felipe; obra citada.

30 Idem nota 19.

Comisión, en consulta con representantes de los pueblos indígenas de América³¹, para entender la magnitud de esta facultad.

2. La aplicación de funciones políticas de la CIDH en ocasión del golpe de Estado en Honduras

Según adelantamos, ocurrido el golpe de Estado en Honduras, la Comisión Interamericana implementó todos los mecanismos que se encontraban a su alcance –y que resultaban adecuados en tanto la situación se había consumado–, a los efectos de proteger los derechos humanos de todas las personas que se encontraban en territorio hondureño.

Así, las acciones emprendidas por la CIDH se iniciaron el mismo 28 de junio de 2009, y se continuaron ejecutando a pesar del transcurso del tiempo y del cambio ocurrido en la titularidad del Poder Ejecutivo Nacional, con la asunción del Presidente Lobo.

Si bien nos concentraremos en los mecanismos políticos que fueron empleados por la CIDH durante la crisis en Honduras, no se puede dejar de mencionar –sucintamente– que uno de los elementos que caracterizaron el accionar de la CIDH durante esta etapa fue la frecuente implementación del mecanismo de medidas cautelares, en virtud de la gran cantidad de denuncias por graves afecciones a la vida e integridad personal recibidas.

Dicho esto, procederemos a concentrarnos en la aplicación de los mecanismos políticos.

2.1 Primera reacción: condena al golpe de Estado y solicitud de visita

El mismo domingo 28 de junio de 2009, la CIDH emitió su comunicado de prensa 42/09, bajo la premisa “*CIDH condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras*”³². A través de ese comunicado –el primero de una larga lista de condenas y reprobaciones–, la CIDH hacía un llamado a que se

31 Juan Emilio Méndez, 2002, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

32 Todos los comunicados de prensa citados en el presente documento se encuentran disponibles en la página web de la CIDH.

restaurare el orden democrático y a que se respetaren los derechos humanos, el Estado de Derecho y la Carta Democrática Interamericana en ese país.

El mensaje era claro. La CIDH condenaba lo ocurrido esa mañana en Tegucigalpa, calificaba el hecho –al que ciertos sectores llamaron “sucesión presidencial”– como un golpe de Estado y, en consecuencia, consideraba que el mismo significaba un desapego a la Carta Democrática Interamericana.

Consecuencia lógica –y necesaria– de esa posición, fue la decisión de modificar los canales de comunicación con la representación estatal. Como sabemos, en términos de relaciones internacionales, quien ejerce la representación del Estado es el Poder Ejecutivo Nacional. Atento a que ni el Presidente constitucional ni su Ministra de Relaciones Exteriores, Canciller Patricia Rodas, se encontraban en ejercicio de sus funciones, la CIDH decidió dirigir las comunicaciones a los titulares de los otros poderes republicanos: el presidente de la Corte Suprema de Justicia y el presidente del Congreso Nacional³³.

Dos días después de ocurrido el derrocamiento del Presidente, la CIDH solicitó anuencia del Estado para realizar una visita *in loco*³⁴. A la fecha en que la Corte Suprema y la Secretaría de Relaciones Exteriores *de facto* manifestaron su conformidad (13 y 14 de julio, respectivamente)³⁵, la Comisión –y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión– ya habían publicado otros 5 comunicados de prensa, Honduras había sido suspendida en su derecho al voto en la OEA y la Comunidad Internacional se había pronunciado en contra del quiebre constitucional.

2.2 Visita *in loco*³⁶ e informe: “Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado”. Otros mecanismos

La realización de la visita se coordinó directamente con la Corte Supre-

33 CIDH, 2009, *Honduras: Derechos Humanos y golpe de Estado*, párrafo 29.

34 Idem, párrafo 30.

35 Idem, párrafos 33 y 34.

36 La información relacionada con la visita *in loco* de la CIDH ha Honduras ha sido recogida del informe de la CIDH *Honduras: derechos humanos y golpe de Estado*, y del Comunicado de Prensa 60/09, de 21 de agosto de 2009, y su anexo “Observaciones preliminares de la visita a Honduras”.

ma de Justicia de Honduras. Al momento de establecer su agenda, la CIDH –consecuente con la posición de no dirigirse a las autoridades *de facto*– no programó reuniones ni solicitó ser recibida por los altos funcionarios del Poder Ejecutivo *de facto*.

El 4 de agosto las partes acordaron que la visita se realizaría del 17 al 21 de ese mismo mes. Por ello, su preparación tuvo que realizarse con una celeridad que probablemente no encuentre antecedentes en visitas anteriores. La delegación fue numerosa, 15 personas en total. Las condiciones sociales existentes en Honduras y la voluminosa documentación que debía recabar la Secretaría Ejecutiva así lo exigían. Tras complejos esfuerzos de logística, el 17 de agosto se iniciaba una nueva visita histórica de la CIDH.

La agenda de los Comisionados/as fue muy variada, y sumamente intensa: múltiples reuniones durante cada día, almuerzos y cenas de trabajo, traslados a diferentes partes del país. A ello se sumaba la apertura de una oficina permanente de recepción de denuncias que funcionó durante toda la visita.

Producto de esa visita, la CIDH publicó sus “Observaciones preliminares de la visita a Honduras”, que se dieron a conocer en la conferencia de prensa ofrecida a su finalización. Éstas, constituyeron un adelanto de lo que la CIDH, con base en información recogida antes, durante y después de la visita, iba a desarrollar en su informe “Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado”, aprobado en diciembre de 2009. Es de destacar la celeridad con la que se publicó dicho informe, en tanto sólo transcurrieron poco más de 3 meses desde la finalización de la visita hasta su aprobación –incluyendo el tiempo otorgado al Estado para que presentara sus observaciones–.

Las conclusiones a las que llegó la Comisión en su informe eran previsibles. El nexo inquebrantable que existe entre democracia y derechos humanos se verificó en la labor de la CIDH, aunque lamentablemente a partir de la premisa contraria: ausencia de la democracia significa, casi inexorablemente, vulneración de los derechos fundamentales de los grupos sociales que predicán una posición contraria a la que buscan imponer quienes detentan el poder.

Adicionalmente, Honduras fue incluido en el listado de países que merecen “especial atención” en el informe anual de la CIDH³⁷. Así, por primera

37 CIDH, *Informe Anual 2009*, 448 y ss.

vez en la historia, se incluyó a dicho país en el mencionado Capítulo IV, con base en los siguientes criterios: i) Estados que se encuentran gobernados por “autoridades” que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas y principios internacionalmente aceptados; ii) Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la CADH o Declaración Americana ha sido suspendidos, en su totalidad o en parte, en virtud de la imposición de medidas excepcionales; y iii) Estados respecto de los cuales la CIDH cuenta con prueba fehaciente respecto de violaciones masivas y graves de los derechos humanos. Del análisis de esos criterios surge, claramente, que la valoración que la CIDH hizo respecto de las circunstancias en las que se encontraba Honduras arrojaba un resultado profundamente preocupante.

Esas medidas fueron complementadas con otras acciones desarrolladas por la Comisión. En particular, hasta el cese de funciones del Presidente *de facto*, se emitieron, en total, 21 comunicados de prensa relacionados con la situación en Honduras; se remitieron múltiples solicitudes de información en base al artículo 41 de la CADH³⁸; y se realizaron dos audiencias públicas generales, “Derechos humanos de las mujeres en el contexto del golpe de Estado en Honduras” y “Derechos humanos en el contexto del golpe de Estado en Honduras”, a las cuales el Estado hondureño no fue convocado³⁹.

2.3 Seguimiento de situación

No obstante el retorno de Honduras a la institucionalidad democrática el 27 de enero de 2010, la CIDH no retiró su atención del país centroamericano. Ello, toda vez que las conclusiones a las que había arribado sólo días atrás –al aprobar esos dos documentos–, daban cuenta de la existencia de una situación grave, en cuyo marco los derechos fundamentales de las personas no estaban siendo respetados, ni mucho menos garantizados.

Así, a pocos días de asumido el Presidente Lobo, la CIDH cuestionó fuertemente uno de los primeros actos de gobierno efectuado por dicho

38 CIDH, *Informe Anual 2009*, párrafo 454.

39 Todas las audiencias públicas citadas en el presente documento se encuentran disponibles en la página web oficial de la CIDH.

mandatario: la sanción del Decreto de Amnistía aprobado por el Congreso hondureño el 26 de enero de 2010, a través del cual se otorgaba una amnistía para ciertos delitos cometidos durante el gobierno *de facto*⁴⁰. No obstante, la citada amnistía fue mantenida y –según se denunció ante la CIDH durante una audiencia pública– habría sido aplicada selectivamente.

Sumado a lo anterior, la CIDH continuó recibiendo información que indicaba que, lejos de registrarse una mejora en la realidad social que se había instaurado como consecuencia de la ruptura del orden democrático, la situación continuaba siendo sumamente grave. En consecuencia, en marzo de 2010 la CIDH publicaría su comunicado de prensa 26/10, denunciando secuestros, detenciones arbitrarias, torturas, violaciones sexuales y allanamientos ilegales cometidos en perjuicio de personas activas en la resistencia contra el golpe de Estado y de sus familiares; en tanto que la Relatoría para la Libertad de Expresión y la CIDH condenarían asesinatos de periodistas los días 5, 15 y 16 de marzo (comunicados R 24/10, R 29/10 y 31/10).

Habida cuenta de estos elementos, el monitoreo permanente a la situación en Honduras se mantuvo inmutable. En efecto, durante el año 2010 se emitieron catorce comunicados de prensa, se celebraron tres audiencias públicas, se solicitó información al Estado de Honduras en virtud del artículo 41 de la CADH en cuatro oportunidades⁴¹ y del artículo XIV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas tres veces⁴², se realizó una nueva visita y se publicó otro documento.

Así, durante el 138 período de sesiones de la CIDH, se realizó la audiencia “*Respuesta del poder judicial frente a los delitos y hechos relacionados con el golpe de Estado en Honduras*”, en la cual tampoco participó el Estado no participó.

Además, entre el 15 y el 18 de mayo, la Comisión viajó a Honduras para dar seguimiento a su informe sobre la situación de los derechos humanos. En dicha ocasión, la CIDH constató que continuaban las violaciones a derechos humanos en el contexto del golpe de Estado y consideró que las denuncias

40 CIDH, *Comunicado de Prensa* 14/10, de 3 de febrero de 2010.

41 CIDH, *Informe Anual* 2010; párrafo 429 y pie de página 624.

42 CIDH, *Informe Anual* 2010; párrafo 429 y pie de página 625.

recibidas podrían responder al mismo patrón de violencia originado en dicho contexto⁴³.

Como corolario de esa visita, la CIDH publicó las “Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010”⁴⁴. Al igual que con el primer informe, se destaca el tiempo empleado por la Comisión para publicarlas: sólo transcurrieron 16 días desde que finalizó la visita, hasta que el documento fue aprobado, el 3 de junio de 2010. Por tercera vez en menos de un año, la CIDH se expedía a través de un informe de país respecto de la situación existente en Honduras; y también por tercera vez, la CIDH constataba que en ese país se cometían graves violaciones a derechos humanos.

Posteriormente, el 1 de junio de 2010, la Asamblea General de la OEA decidió levantar la suspensión que pesaba sobre Honduras desde que se consumó el quiebre del orden constitucional⁴⁵. Ello trajo consecuencias directas en la relación entre Honduras y la CIDH.

A partir de entonces, la Comisión normalizó la vía de comunicación con la representación del Estado y volvió a convocarlo para la celebración de las audiencias públicas. Así, en las audiencias celebradas en octubre de 2010 –“Situación del derecho a la libertad de expresión en Honduras” y “Mecanismo para la implementación de medidas cautelares en Honduras”– participó la representación estatal.

Sin perjuicio de ello, y sobre la base de la información recabado durante todo el año, la CIDH decidió que Honduras debía ser incluida en el Capítulo IV del Informe Anual 2010⁴⁶.

En el presente año, si bien se publicaron comunicados de prensa y se realizaron audiencias públicas, se observa una disminución considerable en las tareas ejecutadas por la CIDH. Ello reflejaría, a nuestro criterio, que la situación de gravedad y violencia registrada los últimos años, estaría mejorando paulatinamente.

43 CIDH, *Comunicado de Prensa* 54/10, de 19 de mayo de 2010.

44 Disponible en <http://cidh.org/countryrep/Honduras10sp/Honduras10.Indice.htm>.

45 Resolución “Participación de Honduras en la Organización de los Estados Americanos”, de 1 de junio de 2010.

46 CIDH, *Informe Anual 2010*, párrafos 417 y ss.

3. Conclusiones

La CIDH, además de recibir y resolver las denuncias que los/as ciudadanos/as de las Américas presentan en razón de violaciones a derechos fundamentales, cuenta con otras funciones que se encuentran íntimamente ligadas con su condición de organismo promotor y defensor de derechos humanos. Estas funciones le permiten discutir y analizar cuestiones que exceden a los temas que pueden ser analizados a través del sistema de casos y peticiones, y emitir pronunciamientos al respecto. Asimismo, la facultan para presionar políticamente sobre los Estados y adoptar medidas destinadas a influir en la situación de derechos humanos de una mayor cantidad de personas.

Cuando ocurrió el golpe de Estado en Honduras, la CIDH –seguramente conciente de que el sistema de denuncias podía no resultar el mecanismo más efectivo y expedito en dicha situación– activó, inmediatamente, todas las funciones a través de las cuales podía presionar a los gobernantes *de facto* y velar por los derechos de las personas que estaban en Honduras.

La CIDH no podía dejar librada a la voluntad de los detentados del poder, el respeto y goce de los derechos mas fundamentales y –a nuestro criterio– no lo hizo. Como vimos, la lista de actividades ejecutadas es amplia y diversa. Denota una considerable inversión de recursos económicos y humanos, y demuestra una clara voluntad política de concentrar los esfuerzos en contrarrestar, en la medida de lo posible, el impacto de los hechos que acaecían en el país.

En suma, en ocasión del golpe de Estado en Honduras, la Comisión Interamericana fue un verdadero garante de los derechos humanos en esa parte del territorio americano.

4. Bibliografía

CIDH. 2009. *Honduras: Derechos Humanos y golpe de Estado*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55, 30 diciembre. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Honduras09sp/Indice.htm>.

CIDH, 2009. *Informe Anual*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/indice2009.htm>.

CIDH. 2010. *Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 junio. <http://www.cidh.org/countryrep/Honduras10sp/Honduras10.Indice.htm>.

CIDH. 2010. *Informe Anual*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 marzo. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>.

González, Felipe. 2009. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. *Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos* (Universidad de Chile). http://www.cdhs.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/3_Articulos/Articulos_FelipeGonzalez.pdf.

Méndez, Juan Emilio. 2002. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. XX Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 24 de julio, citado en Gómez Fernández, Lucía I, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Vargas Carreño, Edmundo. *Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: observaciones in loco e informes sobre situaciones de derechos humanos*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/33.pdf>.

Sitios Web

CIDH. Sitio web oficial. <http://www.cidh.oas.org>

Noticia de los autores

Sección Artículos

Alejandro González-Varas Ibáñez

Licenciado en Derecho por la Universidad de León (España) premio extraordinario de fin de carrera y primer premio anual del Ilustre Colegio de Abogados de León (2000). Becario de Investigación en la Universidad de Vigo (España), Diploma de Estudios Avanzados (2002). Becario del Real Colegio de España en Bolonia (2003–2004). Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, Italia (2005) y por la Universidad de Vigo, España (2006). Ha desempeñado cargos docentes en las Universidades de Vigo y Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza (España). Autor de varias obras sobre Derecho público y artículos publicados en revistas especializadas españolas y extranjeras. Ha pronunciado conferencias y ponencias en diferentes congresos nacionales e internacionales. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Bolonia y Catania (Italia), Manchester (Reino Unido) y Toronto (Canadá). Secretario de la Asociación Interdisciplinar de Derecho Público, y Vicesecretario de la Asociación Cardenal Albornoz (España).

Fernando Arlettaz

Abogado por la Universidad Católica Argentina (Argentina). Diploma de Estudios Avanzados en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas en la Universidad de Zaragoza (España). Actualmente es investigador del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) en la Universidad de Zaragoza, en el área de Filosofía del Derecho, y prepara su tesis doctoral en el programa de Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma Universidad. Sus campos de investigación son la Filosofía Jurídica y Política (en concreto el rol político de los grupos religiosos en las sociedades democráticas) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en particular la libertad religiosa y los derechos de las minorías).

Andrés Javier Rousset Siri

Abogado y Doctorando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Fue ganador de las rondas Internacionales en la Competencia Interamericana de Derechos Humanos “Inter.-American Human Rights Moot Court Competition” (XI edición 2006) organizadas por la American University college of law en Washington D.C. (Estados Unidos). Representante de Argentina en la competencia Interamericana de Derechos Humanos “Eduardo Jiménez de Aréchaga” (VII edición 2003) Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica (Costa Rica). Socio Fundador de la Asociación Civil para la Defensa y Protección de los Derechos Humanos “Xumek”. Prosecretario Administrativo en la Oficina de Asistencia para causas por violación de los Derechos Humanos cometidos durante el terrorismo de Estado en la Sección Judicial de la Cámara de Apelaciones de Mendoza, dependiente del Ministerio Público de la Nación, Mendoza (Argentina).

Marcos Francisco Del Rosario Rodríguez

Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Panamericana (México). Maestría y estudios de posgrado en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Juicio de Amparo. Profesor de posgrado y licenciatura en las materias de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Ha impartido cursos y seminarios en diferentes universidades e instituciones nacionales e internacionales. Profesor titular de posgrado de la Universidad de La Sabana (Colombia). Investigador visitante en Fordham University Law School (Estados Unidos de Norteamérica). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de la Ciudad de México, y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ha escrito diversos artículos en revistas indexadas y arbitradas, a nivel nacional e internacional, así como en varias obras colectivas. Coordinador de las obras colectivas: “Reflexiones en el contexto de los derechos políticos y civiles en México” (2008) y “Supremacía Constitucional” (2009), editados en conjunto por la Universidad Panamericana y la Editorial Porrúa. Autor de los libros “La Cláusula de Supremacía Constitucional” (2011), obra perteneciente a la Colección de Derecho Procesal Constitucional, de la Editorial Porrúa, “La primacía y universalidad de los Derechos Humanos” (2011), y “Soberanía: un concepto en extinción”, editadas por Ubijuris. Investigador Nivel 1, pertene-

ciente al Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Director Académico de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional y de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México).

Ligia Mariela de Jesús

Maestría en Leyes (LL.M.), Harvard Law School, Cambridge, MA, Estados Unidos (2003–2004), tesis: “Jurisprudencia sobre Derechos del Niño de la Calle en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Maestría en Derecho Internacional y Organismos Internacionales (LL.M.), Universidad de Groningen, Holanda (2000–2001). Especialidad en Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, Honduras (1999–2000). Coordinadora Académica de Maestría en Educación en Derechos Humanos, Universidad Pedagógica Nacional Francisco Morazán, Tegucigalpa, Honduras (2006). Asesora de la Comisión Ordinaria de Educación, Congreso Nacional de la República, Tegucigalpa, Honduras, (2006–2007). Consultora, Unidad de Políticas Públicas, UNICEF TACRO, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Panamá (2007). Actualmente Profesora en Ave Maria School of Law, Naples, FL (Estados Unidos). Entre sus publicaciones más destacadas se encuentran: *The Cross v. the Court*, *The Washington Times* (2010); Reseña: *Rita Joseph, Human Rights and the Unborn Child*, *Humanitas*, No. 59, Año XV, Pontificia Universidad Católica de Chile (agosto, 2010); *Homosexual marriage now legal in Argentina*, *South Florida Sun Sentinel.com*, 28 de julio (2010); *Homosexual Marriage: the Road to the Supreme Court*, *Fort Myers News Press*, 17 de febrero (2010).

Ángel Gregorio Chueca Sancho

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza (España). Miembro del Seminario de Investigación para la Paz. Investiga principalmente aspectos del Derecho del Medio Ambiente, la protección internacional de los Derechos Humanos, la Unión Europea, inmigración y extranjería. Entre sus méritos docentes e investigadores se destacan los siguientes: cuatro sexenios de investigación reconocidos por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora; Co-dirige con P. Aguelo Navarro, el Máster sobre Migraciones Internacionales y Ex-

trajería, el Curso E-Learning de Introducción al Derecho de Extranjería y su Práctica (impartido desde la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), y el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería INTERMIGRA. Director Adjunto de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, publicada cuatrimestralmente por Lex Nova. Ha coordinado el Proyecto de Investigación “Migraciones Internacionales y Política Mediterránea de la Unión Europea”, aprobado por el Ministerio de Educación y Ciencia (2007–2010). Investigador Principal del Grupo Consolidado de Investigación “Migraciones Internacionales y Derechos Humanos”. Director del Seminario Internacional “Migraciones, Integración e Interculturalidad en la Europa Actual” (2011). Entre sus principales publicaciones se destacan: “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las Migraciones”, M. Balado Ruiz-Gallegos (Director), Inmigración, Estado y Derecho. Bosch, Barcelona (2008); “Directiva de retorno, Directiva de expulsión (Nota crítica a vuelapluma desde los Derechos Humanos)”, con P. Aguelo Navarro, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n° 18 (2008); “La protección de los derechos de los migrantes en España: Entre mitos y derechos humanos”, en Los Derechos Humanos aquí y ahora (60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos), Ana Salado Osuna (Coord.), Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid (2009); “Las Migraciones En El Mediterráneo Y Unión Europea”, Con V. L. Gutiérrez Castillo E I. Blázquez Rodríguez (Coords.), Huygens Editorial-Fundación Tres Culturas, Barcelona-Sevilla (2009); “Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión”, con Georgina A. Guardatti, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n° 24 (2010); “Derechos Humanos, Migrantes en situación irregular y Unión Europea” (Director) Lex Nova, Valladolid (2010); “El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería”, con P. Aguelo Navarro, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n° 26 (2011).

Alejandro Celi de la Mota

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina). Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), tesis de posgrado: “Las medidas cautelares en la quiebra”. Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho

Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro adherente de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Mendoza. Coordinador y Profesor de Administración Pública por concurso público en la Tecnicatura Superior en Administración Pública del Instituto General San Martín, Mendoza (Argentina).

Sección Análisis de casos

Alejandro Pastori Fillol

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Montevideo (Uruguay). Maestría en Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales (DEA), Universidad de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, (Francia). Participante del Centro de Investigaciones de la Academia de Derecho Internacional de la Haya de 1991. Becario Fulbright en la Universidad de California en San Diego, (Estados Unidos), para el estudio jurídico del Acuerdo NAFTA (1992). Ha participado de varios cursos de formación relacionados con la Integración Regional y el Derecho Internacional Público, becado por la ONU, la OEA, la OMC, etc. Profesor de Derecho Internacional Público e Integración Regional en la Universidad de la República (Uruguay) en régimen especial de dedicación exclusiva para el estudio del derecho de la integración regional, obtenido por concurso de proyectos. Asesor parlamentario en temas de derecho internacional y relaciones internacionales (2005–2010). Asesor jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) (1998–2005). Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay (1993–1995). Consultor PNUD; BID/MERCOSUR; Convenio Andrés Bello (CAB); en temas jurídicos de integración regional. Observador electoral OEA en El Salvador (1991) y ONU en Haití (1990).

Pedro de Jesús Pallares Yabur

Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana (México). Máster en Pedagogía por la Universidad Panamericana (México). Máster en Derecho de la Globalización y de la Integración Social por la Universidad de Navarra

(España). Autor de “La Configuración de lo Justo” (Porrua) y coautor de “Derechos Humanos” por Oxford University Press.

María Milagros Noli

Abogada, por la Universidad Nacional de Tucumán. Distinguida por la Federación Argentina de Mujeres Universitarias, Asociación Tucumán, en mérito al mejor promedio de su promoción. Fue abogada consultora de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y abogada especialista en Derechos Humanos en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (marzo 2009–febrero 2011), Washington D.C. (Estados Unidos). Actualmente se desempeña como abogada de la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno de la Provincia de Mendoza (Argentina).

SISTEMA DE SELECCIÓN DE TRABAJOS E INSTRUCCIONES
A LOS AUTORES PARA PUBLICAR EN

Revista Internacional de Derechos Humanos

Sistemas de protección Europeo e Interamericano

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.

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, *key words*, 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. Ejemplo de *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.

Recomendamos consultar la lista de los ejemplos más comunes en el sitio web de la revista <www.revistaidh.org.ar>, si se presentara un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a <contacto@revistaidh.org.ar> 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.ar> El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, conteniendo los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y su filiación institucional. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.



Se terminó de

componer e imprimir en

diciembre de 2011 en Editorial Qellqasqa, Toso 411

San José de Guaymallén Mendoza, República Argentina.

Composición de María Eugenia Sicilia & Gerardo Patricio Tovar

editorial@qellqasqa.com.ar

www.qellqasqa.com.ar

Georgina Alejandra Guardatti

Presentación

Artículos

Alejandro González-Varas Ibáñez

Las modificaciones en el sistema de protección de los derechos fundamentales en el consejo de Europa tras la entrada en vigor del protocolo 14

Fernando Arlettaz

La libertad religiosa en el Sistema interamericano de Derechos Humanos

Andrés Javier Rousset Siri

El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Marcos del Rosario Rodríguez

El derecho a la nacionalidad

Ligia María De Jesús

La convención americana sobre derechos humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe

Ángel Gregorio Chueca Sancho

La demanda individual ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental

Alejandro Celi de la Mota

Tributación y Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y los principios generales de la tributación aduanera

Análisis de casos

Alejandro Pastori Fillol

Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso gelman c/ uruguay.

Pedro de Jesús Pallares Yabur

La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del Caso Mini Numa.

María Milagros Noli

Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras