

PRESENTACIÓN  
*José Thompson J.*

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
en el derecho interno  
*Pedro Nikken*

Educación, desarrollo y derechos humanos  
*Mayra Falck*

Certeza jurídica del derecho interamericano de  
derechos humanos: avances, reparos y rezagos  
*Julieta Morales Sánchez*

Justicia transicional en las Américas. El impacto del  
Sistema Interamericano  
*Federico Sersale di Cerisano*

Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua  
de los pueblos indígenas ante el  
Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos  
*Luis Carlos Buob Concha*

Los delitos graves en el sistema procesal  
penal mexicano: una violación a la Convención Americana  
sobre Derechos Humanos  
*Carlos Morales Sánchez*

El fuero indígena  
*Rafael Ángel Ramírez Restrepo*



Enero - Junio 2013





REVISTA  
**IIDH**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme  
Instituto Interamericano de Direitos Humanos  
Inter-American Institute of Human Rights

© 2013 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Marisol Molestina.*

*Portada, diagramación y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.*

*Impresión litográfica: Imprenta y litografía Versailles S.A.*

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: [s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr).

***Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH***

**Instituto Interamericano de Derechos Humanos**

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:[s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)

**[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)**

## Índice

### **Presentación**

<i>José Thompson J.</i> .....	7
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno .....	11
<i>Pedro Nikken</i>	
Educación, desarrollo y derechos humanos.....	69
<i>Mayra Falck</i>	
Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos .....	85
<i>Julieta Morales Sánchez</i>	
Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano .....	115
<i>Federico Sersale di Cerisano</i>	
Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos .....	137
<i>Luis Carlos Buob Concha</i>	
Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	175
<i>Carlos Morales Sánchez</i>	
El fuero indígena en Colombia .....	193
<i>Rafael Ángel Ramírez Restrepo</i>	



## Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 57 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2013, dedicado en esta ocasión al *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, que tuvo lugar del 12 al 22 de marzo en Medellín, Colombia, en el marco del 47 Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este curso fue organizado por el IIDH en conjunto con el mencionado Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Colombiano de Derechos Humanos y varias entidades públicas de la ciudad de Medellín.

Con esta edición del Curso Interdisciplinario, el IIDH, como brazo académico de apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se propuso retomar – fuera de la sede – un análisis académico del proceso de fortalecimiento del SIDH que tuvo lugar en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a mediados de 2011 y que culminó con la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, el 23 de marzo de 2013.

En ese sentido, el eje temático del I Curso Colombiano Interdisciplinario fue “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas a futuro”. El objetivo fue generar un espacio académico en el que se discutiera y reflexionara sobre los aspectos políticos del trabajo de los órganos de protección del SIDH, los avances jurisprudenciales y su incorporación en el derecho interno, a partir de su universalidad del Sistema. Así mismo, permitió analizar la importancia e impacto de las actividades de promoción de los órganos del SIDH en el diseño, implementación y monitoreo de políticas públicas con enfoque de derechos, a partir de la obligación de cumplimiento.

A través de las diversas ponencias, paneles y talleres, el eje temático del Curso posibilitó repasar las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, incluyendo el deber de aplicar el control de convencionalidad, estudiar la evolución de los órganos del Sistema con énfasis en sus reformas reglamentarias más significativas y analizar el impacto político de las relatorías especiales, con énfasis en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Por otra parte, el Curso fomentó espacios de reflexión en otros temas de vigencia internacional que, a su vez, han caracterizado nuestra realidad regional. Así, se analizaron los derechos humanos de las mujeres y la justicia transicional, así como los derechos económicos, sociales y culturales, con énfasis en el derecho a la educación y la educación en derechos humanos.

En este contexto, la edición 57 de la Revista IIDH recopila los artículos académicos desarrollados por algunos de los y las ponentes del Curso, en específico: Pedro Nikken (Venezuela), Mayra Falck (Honduras), Federico Sersale (Argentina) y Julieta Morales (México). Además, se invitó a colaborar a quienes han participado en el Curso Interdisciplinario, involucrándoles en el proceso posterior de esta actividad de formación. Esta es una de las acciones que el IIDH emprende para que el Curso sea el punto de partida de un compromiso por parte de quienes participan en él, con el fin de promover propuestas y/o estudios especializados para el fortalecimiento y promoción de los derechos humanos. En ese sentido, se seleccionaron tres colaboraciones: Luis Carlos Buob (Perú), Rafael A. Ramírez (Colombia) y Carlos Morales (México).

En esta edición se estudiará la internacionalización de los derechos humanos a través de su adopción en el derecho interno de los Estados, incluyendo su aplicación específica por parte de autoridades judiciales y administrativas; se repasará la certeza jurídica del derecho interamericano, tomando en cuenta sus avances, reparos y rezagos; se destacarán los principales logros alcanzados, señalando también aquello que aún es un desafío para el SIDH, tomando en consideración las condiciones de acceso al mismo, la adopción del derecho interamericano en el derecho nacional y los especiales escenarios de vulnerabilidad; se analizará el impacto que

ha tenido la justicia transicional en el SIDH al valorar los aportes que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado sobre la materia, desde el acceso a la justicia – tomando en cuenta las deposiciones de amnistía y la jurisdicción penal militar –, hasta el derecho a la verdad y la reparación integral; se valorará la importancia de la educación en derechos humanos con énfasis en cuatro aspectos clave, para que se configure en un eje para promover el desarrollo de forma que trascienda a un círculo de aprendizaje integral de la sociedad. Por otra parte, seremos testigos de una propuesta jurídica sobre cómo amparar la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el SIDH, tomando en consideración el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del Sistema Universal, el carácter evolutivo de la jurisprudencia de nuestro sistema regional y la interpretación *pro homine* del texto convencional. Además, nos adentraremos en el sistema penal mexicano y, en específico, en la figura de la prisión preventiva, con el fin de estudiar su compatibilidad o no con lo dispuesto en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo un ejercicio de convencionalidad. Finalmente, se analizará el fuero indígena en Colombia con el fin de determinar la competencia de la justicia ordinaria o indígena con fundamento en la norma y jurisprudencia colombiana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH al equipo de trabajo de las diversas instituciones que hicieron posible la realización del *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, incluyendo a las agencias internacionales de cooperación. Asimismo, agradecemos a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus artículos académicos para esta edición de la Revista, e invitamos a las y los lectores a que también sean partícipes de la discusión sobre temas de relevancia para la comunidad internacional, colaborando con sus contribuciones a esta publicación semestral que desde 1985, acoge artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales que desarrollen y hagan énfasis en la temática de los derechos humanos.

*José Thompson J.*  
*Director Ejecutivo*



# El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno

*Pedro Nikken\**

## Introducción

La internacionalización de los derechos humanos tiene sus raíces en notas fundamentales de su concepto. Por ser **inherentes a la persona humana**, existen sobre la tierra porque la persona humana existe sobre la tierra, y los ha hecho valer. No dependen de la nacionalidad del individuo ni emanan de la soberanía, que son las barreras que separan a los Estados como entidades diferenciadas de la comunidad internacional. Los derechos humanos son doblemente universales porque, por una parte, emanan de la dignidad universal de la persona humana y, por la otra, porque los derechos humanos arraigan universalmente y son el objeto de una amplia gama de obligaciones internacionales de los Estados.

Si esa es la base conceptual de la internacionalización, en la práctica el régimen internacional de protección de los derechos humanos encuentra su justificación en la demostrada insuficiencia de las garantías que ofrece la jurisdicción interna para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La internacionalización expresa un punto crítico en la historia, determinado por el devastador legado criminal de la era Nazi y, en general, de los totalitarismos

---

\* Venezolano. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello), tiene un diplomado de Estudios Superiores (Universidad de París II) y es doctor en Derecho (Universidad de Carabobo). Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También presidió el IIDH y ha sido miembro de su Consejo Directivo y su Asamblea General desde su fundación; actualmente es su Consejero Permanente. También ha sido Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, que originó una nueva forma de organización de la comunidad internacional, plasmada en la Carta de las Naciones Unidas. La aplicación de la Carta en las primeras dos décadas de existencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tuvo como prioridades operativas el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el proceso de descolonización. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue la máxima expresión de ideales que parecieron inalcanzables a la sombra de la Guerra Fría, que paralizó los esperados avances hacia la internacionalización. Pero, progresivamente, el ámbito de la acción de la ONU y la emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) fueron conformando el régimen internacional que hoy conocemos, siempre en expansión, a pesar de la resistencia persistente de no pocos gobiernos, progresivamente doblegada gracias, por una parte, al peso conceptual de los derechos humanos en los ámbitos jurídico, político y moral y, por la otra, a la posición contrastante de otros gobiernos que sí están abiertos a hacer efectiva en la jurisdicción interna la protección internacional de los derechos humanos.

La primera cuestión que surge, por lo tanto, para abordar el tema de esta presentación, es el de la posición del DIDH dentro de la jurisdicción interna, de lo que me ocuparé de inmediato en su primera parte (1). Luego, en la segunda parte, me referiré a la aplicación del DIDH por las autoridades judiciales y administrativas de cada Estado (2).

## **1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción interna**

### **a. Introducción**

Aunque la obligación de adaptar el orden interno a las obligaciones internacionales resultantes de un tratado surge del derecho internacional general, varias de las convenciones más relevantes sobre derechos humanos la definen específicamente a través de **cláusulas paraguas**, que enuncian obligaciones generales con respecto a todos

los derechos que son objeto de la protección internacional dispensada por el tratado correspondiente:

## **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

### **Artículo 2**

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **respetar** y a **garantizar** a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

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

## **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

### **Artículo 2**

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de **medidas legislativas** la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar** el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

## **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

### **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 Partes 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.

## **PROTOCOLO DE SAN SALVADOR**

### **Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas**

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se

comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

### **Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**

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

(Todos los énfasis han sido añadidos por el autor).

Estas normas, que imponen deberes de respetar, garantizar, satisfacer, proteger y legislar, ponen de manifiesto que **el Estado es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos internacionalmente protegidos**. Ese concepto adquiere particular relevancia a la luz de la naturaleza particular de los tratados sobre derechos humanos y a las consecuencias que de dicha naturaleza dimanar.

Según el derecho internacional general, los tratados internacionales, sean multilaterales o bilaterales, persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas entre los Estados que los suscriben. De allí resulta una correlación entre los derechos y los deberes que se han pactado por esa convención. En esa perspectiva, el equilibrio entre la posición de las partes delimita, en buena medida, los efectos del tratado. De allí que, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de las partes puede ser la base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos (art. 60), e igualmente, que, por obra de la cláusula *rebus sic stantibus*, dentro de determinadas condiciones, un cambio fundamental de circunstancias, sobrevenido después de la celebración de un tratado, puede ser una causa legítima para que la parte afectada lo dé por terminado o se retire de él. Puede decirse, pues, que el equilibrio entre los intereses de las partes representa un límite del alcance de los tratados.

Ello no ocurre en las convenciones relativas a los derechos humanos, a las que debe considerarse, no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción y no los demás Estados partes en el tratado. De allí que un efecto típico de la reciprocidad, como es la terminación o la suspensión de un tratado por determinación de una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra, no es aplicable “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”, según el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) subrayó las particularidades de estas convenciones cuando, respecto de la de genocidio, señaló:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en

virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones<sup>1</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha enfatizado que dichos instrumentos

[...] no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>2</sup>.

Esta naturaleza particular impregna el tema de la incorporación de los derechos internacionalmente protegidos al derecho interno, así como su justiciabilidad ante los tribunales nacionales, pues la vigencia de lo internacional y la fuerza obligatoria de las convenciones sobre derechos humanos en la esfera internacional no disminuye la relevancia de lo interno.

El goce efectivo de los derechos humanos está determinado por una nota conceptual, según la cual ellos **se afirman frente al poder público**. La internacionalización no significa que la comunidad internacional asume como una tarea propia la de respetar y garantizar los derechos humanos de cada persona en este mundo. Esa es una tarea del Estado, a través de su orden jurídico, su aparato administrativo y su sistema judicial. El papel de lo internacional es el de estimular,

---

1 CIJ, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva de 8 de mayo de 1951, pág. 23.

2 Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 29.

en una gradación diversa, a los mecanismos nacionales para que resuelvan sus falencias en ese cometido. Los estímulos pueden ir desde las actividades de mera promoción que se sitúan en la esfera de la cooperación internacional, hasta la determinación de la responsabilidad internacional del Estado a través de la sentencia de un tribunal internacional, que impone al Estado responsable la obligación de resultado de cumplir ese fallo integralmente, pasando por los dictámenes de entidades internacionales de protección de derechos humanos que imponen al Estado al que se halle responsable de haberlos violado, la obligación de comportamiento de poner, de buena fe, todos los medios a su alcance para cumplir con dicho dictamen.

En realidad, si bien el DIDH, en su contenido, **deriva del derecho interno**, en su ejecución **deriva hacia el derecho interno**, puesto que **la vocación de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos es la de cobrar vida y ejecutarse o violarse en el ámbito doméstico**. De allí la importancia de la estrecha interrelación entre la esfera nacional y la internacional.

La interrelación ofrece una doble perspectiva. En la primera están las obligaciones legislativas que emanan de un tratado, consistentes en la adaptación del orden jurídico interno al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ese tratado. Esto significa que los Estados deben adecuar su orden jurídico, político y administrativo para que se hagan efectivos, dentro de su respectiva jurisdicción, los derechos humanos internacionalmente protegidos, así como las decisiones de los órganos internacionales de protección. En segundo lugar, más allá de las convenciones internacionales específicas sobre derechos humanos, los Estados deben adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos.

La adecuación del orden jurídico interno al internacional implica:

[...] organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el

ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>3</sup>.

El derecho internacional no impone ningún sistema para su incorporación al interno, pero queda claro que el escogido por cada Estado nunca podrá ser invocado como justificación para el incumplimiento de una obligación internacional. Para el derecho internacional es indiferente que una infracción a las obligaciones convencionales se origine en que el juez nacional, por ejemplo, no aplicó directamente un tratado justificando esa omisión en la inexistencia de una ley u otro acto que lo incorpore al derecho interno; o si, no siendo necesaria esa ley, el juez nacional ignoró directamente el tratado y omitió su aplicación directa para la cual estaba autorizado. Es este el tema de la autoejecutividad de la normativa internacional por los órganos del poder público doméstico (*self-executing*). Se trata, pues, de un asunto que concierne más a cada sistema jurídico nacional que al derecho de gentes, de un problema de derecho interno y no de derecho internacional, aunque también puede depender en cierta medida de cómo ha sido concebida la obligación internacional en el texto que la recoge.

Este tema general se relaciona con la confrontación a las llamadas teorías o doctrinas monista y dualista en el derecho internacional general. A grandes rasgos, el dualismo postula la independencia entre las esferas normativas nacional e internacional, mientras que el monismo apunta hacia su integración, en el entendido de que en caso de conflicto, prevalece el derecho internacional. Monismo y dualismo pueden ser entendidos también en un sentido menos conceptual y más práctico, según la actitud de los Estados con respecto a la aplicabilidad directa del derecho internacional por sus agentes. Desde esa perspectiva debe considerarse que un Estado abraza el monismo cuando los tratados son aplicables directamente dentro del

---

3 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166, también párrs. 164-177; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 175, también párrs. 173-188.

orden jurídico interno, sin más requisito que el de su entrada en vigor mediante la ratificación. Dualistas, en cambio, son aquellos Estados donde los tratados ya ratificados no son directamente aplicables en el ámbito interno, pues requieren de un acto adicional, normalmente legislativo, que permite la aplicación del derecho internacional en derecho interno. Sin embargo, como bien lo ha apuntado el juez Conforti, más allá de un debate sobre teoría jurídica entre los extremos del monismo y el dualismo, hay un problema práctico de cultura jurídica que debe irse resolviendo con una práctica adecuada:

Es más bien un asunto de cambio de mentalidad de quienes están involucrados en la actividad jurídica, especialmente los legisladores, los funcionarios públicos y los jueces. Es cuestión de persuadirlos de usar todos los medios y mecanismos que el Derecho interno suministra, para perfeccionarlos, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la normativa internacional<sup>4</sup>.

Esta confrontación conceptual no debería tener cabida en el ámbito del DIDH, donde no corresponde hacer distinciones entre la esfera nacional y la internacional, toda vez que las obligaciones de los Estados producen sus efectos primarios y se ejecutan o violan esencialmente en el ámbito de la jurisdicción interna. Su cumplimiento o incumplimiento benefician o perjudican directamente a las personas humanas bajo la jurisdicción del Estado y no a los otros Estados parte en la convención de derechos humanos. Plantearse una distinción entre esfera nacional y esfera internacional para las obligaciones que surgen para los Estados de los tratados sobre derechos humanos supone ignorar la base conceptual de esas obligaciones, así como el objeto y fin de las convenciones de donde dimanar.

La consideración de una doble esfera entre el derecho internacional y el interno en materia de derechos humanos, conduce inevitablemente

---

4 Conforti, Benedetto, "Notes on the Relationship Between International Law and National Law", *International Law Forum* 3, 2001, pág. 18. Traducción de autor: "It is rather a question of a change of the mentality of people involved in legal affairs, especially legislators, public administrators, and judges. It is a question of persuading this people to use all means and mechanisms provided by municipal law, and to perfect them in order to ensure compliance with international rules".

a que, cuando esas dos esferas no se han fusionado formalmente a través de un acto específico de incorporación del derecho internacional al interno, una autoridad doméstica puede incurrir en una acción u omisión legítima según el ordenamiento jurídico nacional pero violatoria del DIDH. Esto coloca las formas por encima de la dignidad humana y es conceptualmente inaceptable.

Adicionalmente, si en el Estado de Derecho el ejercicio del poder está ontológicamente limitado por el respeto debido a los derechos humanos, no es concebible que el Estado violente esos límites a través de ningún acto que pueda ser considerado legítimo, pretendiendo que esa legitimidad emana de la falta de conformidad entre el orden jurídico interno y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. El derecho interno y la actuación de los órganos del Estado no pueden legítimamente escapar a las obligaciones internacionales del Estado referentes al respeto, garantía, satisfacción y protección de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Ésta, por su naturaleza unitaria e indivisible, no admite conceptualmente que una misma conducta del Estado sea legítima e ilegítima al mismo tiempo. Por lo tanto, el concepto monista es, sin duda, el *único* adecuado al derecho de los derechos humanos, basado en la dignidad inherente a la persona humana, la cual no admite ser concebida de una manera diferente en el ámbito nacional y el internacional. La jurisprudencia interamericana ha construido el concepto de **control de convencionalidad**, al que se hará referencia más adelante, que es útil para resolver los dilemas planteados.

“De lo que se trata es de establecer cómo cada sistema jurídico nacional provee lo necesario para que el Estado cumpla, en el ámbito interno, con sus obligaciones internacionales, para lo cual debe examinarse el mecanismo de Derecho interno para incorporar el Derecho internacional al ámbito nacional”<sup>5</sup>. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que esta obligación

---

5 Cfr. Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2009, págs. 63-83.

ha de cumplirse de conformidad con la estructura constitucional de cada Estado y que no impone necesariamente de incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como tal al derecho interno, pero también opinó, sin embargo, “que las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno”<sup>6</sup>.

Propuesta en esos términos, la solución de esta cuestión debe apoyarse en los sistemas particulares de incorporación del derecho internacional general al derecho interno de cada Estado. Los países latinoamericanos en general son monistas, pues la ratificación de los tratados debe ser previamente aprobada por el órgano legislativo mediante un acto que les confiere, al menos, el rango de las leyes internas, lo que supone, en principio, su incorporación automática al ordenamiento jurídico doméstico. En ciertos casos, el sistema legal interno contempla que la aprobación parlamentaria debe hacerse a través de ley formal (las llamadas “leyes aprobatorias”)<sup>7</sup>, pero es posible también que la aprobación legislativa y su ratificación por el Jefe del Estado tengan, por sí misma, fuerza de ley interna, incluso si no reviste el carácter de ley formal<sup>8</sup>. Adicionalmente, en algunos países de la región los derechos humanos internacionales no sólo se incorporan al derecho interno, sino que adquieren rango constitucional o se integran al bloque de constitucionalidad.

---

6 Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU, párr. 13.

7 En el caso de Colombia, de especial interés para el Curso dictado en Medellín, los tratados deben ser aprobados por el Congreso mediante una ley formal llamada “aprobatoria” que reproduce el texto del tratado y lo traduce al derecho interno. Además, en lo que concierne a los derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución, en cuyos términos: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. A su vez, el artículo 164 dispone: “El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno”.

8 Es el caso, por ejemplo, del artículo 144 de la Constitución de El Salvador.

El cuadro europeo es diferente. Entre otros métodos posibles de resolver la aplicabilidad interna de la Convención Europea de Derechos Humanos en los países dualistas de Europa<sup>9</sup>, se ha impuesto el método de la ley de incorporación, una práctica característicamente europea y circunscrita a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Todos esos Estados han incorporado la CEDH a su derecho interno mediante leyes de incorporación, entendiendo por tales aquellas leyes de alcance general que declaran que un tratado (en el caso la CEDH), en todo o en parte, se aplica como tal tratado en el derecho interno<sup>10</sup>.

Este asunto ha sido abordado y resuelto por la jurisprudencia internacional, a la que me referiré, con especial énfasis a la de la Corte IDH, relativa, claro está, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero que postula conceptos de aplicación general. Esa jurisprudencia ha venido precisando el sentido y alcance de las obligaciones legislativas de los Estados en lo que se refiere a la garantía jurídica de los derechos humanos protegidos por la CADH en el orden interno (b). A esto debe agregarse un capítulo no enteramente desarrollado hasta ahora pero de evidente vigencia, en mi opinión, como lo es la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para la puesta en práctica en la jurisdicción interna de las decisiones de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos (c).

---

9 Básicamente, el método de **transformación del tratado en ley interna**, a través de la transcripción de sus disposiciones en un acto con fuerza de ley doméstica; y el método de la **referencia a los tratados en la ley nacional**, consistente en la inserción de una cláusula en una ley interna mediante la cual una o más convenciones internacionales se aplican con preferencia a ciertas materias que pueden caer dentro del ámbito de esa ley. El primer método tiene la desventaja de que el juez o funcionario nacional no aplica el tratado sino una ley interna, de modo que cualquier infidelidad en la transcripción puede traducirse en una frustración del método y la violación del tratado. En el segundo, si bien el juez o agente nacional aplica la o las convenciones referidas en la ley, sólo puede hacerlo dentro del reducido ámbito de las materias reguladas por la ley de referencia. Cfr. Sciotti-Lam, Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruylant, Bruselas, 2004, págs. 135-161.

10 Ibidem, pág. 162.

## **b. Legislar para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

De la jurisprudencia internacional pueden extraerse cuatro postulados, a saber: i) la obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible; ii) se debe legislar para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos; iii) se deben abrogar las normas domésticas incompatibles con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, y, iv) no se debe jamás legislar contra las obligaciones internacionales sobre derechos humanos.

### **i. La obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible**

La Corte IDH, en su más temprana jurisprudencia, censuró una interpretación según la cual el artículo 2 de la CADH comportaría una obligación sólo exigible progresivamente, es decir, que se trataría de una disposición que dotaría a la CADH de una naturaleza programática: el artículo 1(1) expresaría solamente el objetivo final del Pacto de San José, mediante el cual los Estados parte se obligarían, “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”; pero la exigibilidad inmediata de estas obligaciones quedaría sujeta al cumplimiento por los mismos Estados de lo que sería su deber primario, esto es, adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, de conformidad con el artículo 2 de la misma Convención<sup>11</sup>. Esta interpretación es incompatible con una regla de

---

11 Una discusión análoga se planteó a propósito del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que planteaba el dilema sobre si las obligaciones que los Estados parte asumían eran directamente exigibles, según lo indicaba el texto del párrafo 2.1, o si eran meramente programáticas, con base en una lectura aislada del artículo 2.2. La mayoría abrumadora de la doctrina y la práctica del Comité de Derechos Humanos han coincidido desde el primer momento en que el artículo 2.1 impone a los Estados parte en el Pacto obligaciones inmediatamente exigibles, que no se limitan a una conducta meramente pasiva (a un “no hacer”), en el sentido de abstenerse de violar los derechos y libertades reconocidos por el tratado, sino que implican deberes de contenido positivo de parte de la administración y de los órganos legislativos, orientadas a garantizar la vigencia

derecho internacional consuetudinario, recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Además, habría conducido al absurdo resultado de concebir al artículo 2 de la CADH como una suerte de cláusula de exoneración de responsabilidad por toda violación a los derechos humanos, en toda situación en que dicha violación estuviera autorizada por el derecho interno; es decir, se exoneraría al Estado de las consecuencias de ignorar el artículo 1(1) **por una causa exclusivamente imputable al mismo Estado**<sup>12</sup>.

La Corte IDH muy pronto aclaró que el artículo 2

[...] recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice: “Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”<sup>13</sup>.

---

de los derechos protegidos, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida o la prohibición de la tortura. Únicamente el artículo 23.4 del Pacto (igualdad de derechos de los cónyuges), podría considerarse una disposición programática y no exigible ipso jure, sino sujeta a un desarrollo legislativo. Cfr. Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P. Engel Publisher, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993, págs. 56-57 y 553-557.

- 12 No se trataba de un asunto meramente académico o especulativo, sino de un concepto que ha sido sostenido nada menos que por los Estados Unidos, con un alcance aún más devastador para la fuerza obligatoria de la CADH. En efecto, en su momento, los Estados Unidos atribuyeron a la norma del artículo 2 de la Convención el sentido de considerarla como una disposición que desproveería de autoejecutividad a la Convención en su conjunto. Así lo sostuvo la delegación norteamericana en la Conferencia Especializada donde se adoptó la Convención. Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 1973, págs. 146-147. Al enviar la Convención al Senado para su aprobación, el gobierno federal propuso una declaración interpretativa en ese sentido.
- 13 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, párr. 30.

Este concepto ha sido reiterado y ampliado por la Corte en numerosas ocasiones:

[...] en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. **Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica**<sup>14</sup>.  
(Énfasis añadido por el autor).

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en idéntico sentido con respecto al artículo 2(2) del PIDCP. En su Observación General No. 31, postuló lo siguiente:

El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto **no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado**<sup>15</sup>.  
(Énfasis añadido por el autor).

---

14 Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 59. Igualmente, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 87; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 112.

15 Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto...* párr. 14.

ii. Legislar a favor de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos

En un contexto más amplio, la garantía que los Estados deben ofrecer al pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos no se agota en el enunciado del artículo 2(1) del PIDCP y el artículo 1(1) de la CADH. En efecto, si el artículo 2(2) del PIDCP y el artículo 2 de la CADH se interpretan con arreglo estricto a las reglas sobre interpretación de los tratados<sup>16</sup>, establecen, además de las obligaciones precedentes, otro deber jurídico, indisociable de la garantía debida a los derechos humanos, como lo es la obligación de **adoptar disposiciones de derecho interno** necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. Se trata de una garantía legislativa que se deduce del texto mismo de los aludidos artículos 2(2) del PIDCP y 2 de la CADH, así como de la buena fe. Según esto, los Estados están obligados a proveer una legislación apropiada para que el orden interno sea un instrumento real para la protección y el respeto de los derechos humanos, para la prevención y reparación de sus violaciones y para el tratamiento de éstas como un hecho ilícito que acarrea la responsabilidad de los perpetradores.

iii. Abrogar las normas domésticas y suprimir las prácticas incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado

El Comité de Derechos Humanos ha enunciado explícitamente un corolario incuestionable de la obligación de adaptar el orden interno al PIDCP, como ocurre “cuando existan incompatibilidades entre el Derecho interno y el Pacto”, situación en la cual “el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto”<sup>17</sup>. Así mismo, Corte IDH ha precisado que el artículo 2 de la CADH no sólo obliga a los

---

16 Según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos deben “interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

17 *Ibidem*.

Estados parte a adoptar nuevas disposiciones de derecho interno que doten de efectividad a la Convención en el orden doméstico, **están también obligados a suprimir toda norma o práctica** que resulte incompatible con los deberes asumidos según la misma Convención:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>18</sup>.

La Corte IDH ha aplicado estos principios en varios casos contenciosos. Por ejemplo, en el caso *La Última Tentación de Cristo*, concluyó que la violación a la libertad de expresión implicada en la censura a la exhibición de una película, por estar fundada la censura en disposiciones constitucionales chilenas, imponía al Estado el deber de reformar su ordenamiento jurídico para suprimir ese género de censura. En la parte resolutive de esta sentencia, la Corte IDH decidió:

[...] que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “*La Última Tentación de Cristo*”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto<sup>19</sup>.

---

18 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 180; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 137. En el mismo sentido, sobre un caso concreto de violación del derecho a la libertad personal, cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 99.

19 Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile...* párr. 103(4).

También en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH concluyó que la legislación procesal penal costarricense no garantizaba ciertos aspectos del derecho al debido proceso, tal como éste se encuentra recogido en la Convención. En consecuencia, ordenó:

Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia<sup>20</sup>.

#### iv. Jamás legislar contra las obligaciones internacionales sobre derechos humanos

Por otra parte, la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos, ni en la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos. También comporta la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al DIDH. La Corte IDH ha expresado:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. **También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.** Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos<sup>21</sup>. (Énfasis añadido por el autor).

---

20 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 207(5); ver igualmente, párrs. 167, 168, 175 y 198.

21 Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, párr. 26.

La sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la CADH constituye una infracción del derecho internacional, que puede desencadenar la responsabilidad internacional del Estado, puesto que, al menos, estaría admitiendo como lícita en el ámbito doméstico una agresión contra los derechos humanos proscrita por el derecho internacional:

La Corte concluye que la promulgación de una ley **manifiestamente** contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado<sup>22</sup>. (Énfasis añadido por el autor).

*A fortiori*, la Corte IDH concluyó “que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley **manifiestamente** violatoria de la Convención, produce responsabilidad internacional para el Estado”<sup>23</sup>. Una manifestación concreta de este enunciado general fue la censura a las leyes de autoamnistía promulgadas en el Perú para proteger a los presuntos responsables de los asesinatos denunciados en el caso *Barrios Altos*: “la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el Derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma”<sup>24</sup>. La Corte IDH agregó:

[...] a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso

---

22 Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 50.

23 *Ibidem*, párr. 57.

24 Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 42.

sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que **los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.** Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana<sup>25</sup>.

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos** que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú<sup>26</sup>. (Énfasis añadido por el autor).

El principio sería, entonces, que la promulgación y, con más razón, la aplicación de una ley violatoria a la CADH, en menoscabo de los derechos que ella protege, es un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la Corte IDH, en la antes aludida OC-14/94, agregó a este concepto el requisito de que se trate una ley “**manifiestamente** violatoria de la Convención”<sup>27</sup>. En mi opinión, esta última conclusión de la Corte IDH es restrictiva respecto de las condiciones en las cuales un Estado es jurídicamente responsable por aplicar una ley incompatible con sus obligaciones

---

25 Ibidem, párr. 43.

26 Ibidem, párr. 44.

27 Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párrs. 50, 57 y 58.

internacionales, en general, y en materia de derechos humanos, muy en particular<sup>28</sup>. Basta que la ley interna sea contraria a la CADH y que una persona bajo la jurisdicción de un Estado sufra una violación a sus derechos humanos por efecto de su aplicación, para que el Estado sea internacionalmente responsable por esa infracción, según las reglas de derecho internacional relativas a la imputación al Estado de hechos cometidos por sus agentes o bajo la cobertura del poder público o del orden jurídico doméstico. En efecto, según la reconocida norma de derecho internacional consuetudinario recogida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que antes he citado, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” (art. 27.1). Esta regla **no hace distinción entre violaciones manifiestas o no del derecho internacional por reglas de derecho interno**. Si la aplicación del derecho interno resulta en una violación de los derechos humanos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, es irrelevante que la contradicción entre el orden jurídico nacional y el internacional sea manifiesta: si los derechos internacionalmente protegidos fueron violados, el Estado incurre en responsabilidad, por ignorante que sea el agente de la violación de que, aplicando una ley interna, estaba violando una obligación internacional<sup>29</sup>.

Por lo tanto, el deber de los Estados parte de adecuar su derecho interno a la CADH no sólo es exigible inmediatamente, sino que se integra y forma parte esencial del deber general de garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que deben los Estados a toda

---

28 Esta observación es válida no sólo dentro del ámbito del DIDH, pues resulta aplicable, en principio, a todo supuesto de incompatibilidad entre leyes internas y obligaciones contraídas conforme al derecho internacional general.

29 La única circunstancia en que la violación “manifiesta” de derecho interno puede tener relevancia sobre el valor de las obligaciones contraídas, está referida a la causal de nulidad de los tratados prevista en el artículo 46 de la misma Convención de Viena, cuando una convención es celebrada por una autoridad incompetente para ello, situación en la cual el tratado queda viciado de nulidad si el derecho interno en materia de atribución de competencia ha sido violado y siempre “que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno”. Se entiende por violación manifiesta aquella que “resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

persona bajo su jurisdicción. En ese sentido, el artículo 2 de la CADH expresa el mismo principio que el artículo 1(1), como mecanismo de garantía de los derechos humanos, referido en particular a la obligación internacional de adecuar de inmediato el derecho interno al régimen de protección estipulado en la misma Convención.

### **c. Medidas para ejecutar la protección internacional de los derechos humanos**

#### **i. El derecho a la protección internacional en el sistema de la CADH**

La CADH consagra, implícitamente, el **derecho a la protección internacional de los derechos humanos**. Refiriéndolo al derecho interno, el artículo 25 reconoce el llamado **derecho a la protección judicial**, según el cual,

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

En la dimensión internacional, ese derecho tiene una expresión correlativa en la *actio popularis* para que toda persona pueda ejercer a favor de la víctima el **derecho de petición internacional**, con el que se desencadena el sistema de protección basado directamente en la CADH. Ese mecanismo fue durante mucho tiempo una particularidad única y sobresaliente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y destaca como un aporte regional a la protección internacional de los derechos humanos<sup>30</sup>.

---

30 Cfr. Buergenthal, Thomas, "The American and the European Conventions on Human Rights. Similarities and Differences", *The American University Law Review* 30, 1980; del mismo autor: *International Human Rights*. West Publishing Co., St. Paul, 1995, págs. 199-200. Aguilar, Andrés, "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos humano", en: *Derechos Humanos en las Américas, in memoriam de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Organización de los Estados Americanos,

El sistema de peticiones individuales se deduce del artículo 44 del Pacto de San José, que establece:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte<sup>31</sup>.

El artículo 44 de la CADH es la expresión procesal de que el único y verdadero titular de los derechos protegidos por ese instrumento internacional es el ser humano<sup>32</sup>. Esa titularidad debe ser la guía fundamental para la interpretación del Pacto de San José y para la formulación de la normativa secundaria – como los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH – encargada de desarrollar este derecho y de regular en el plano procesal la protección internacional de los derechos humanos.

Desde el momento en que la CADH, inspirada en la práctica inveterada de la CIDH, reconoció como regla general de procedimiento

---

Washington, D.C., 1984, págs. 199-216; del mismo autor: “La protección de los derechos humanos en el ámbito regional”, *Revista de Derecho Público Caracas* 3, julio septiembre 1980; Vasax, K., *La Commission Interamericaine des Droits de l’Homme*. LGDJ, París, 1968, págs. 46 y ss.; Frowein, J., “The European and American Conventions on Human Rights: A Comparaison”, *Hum. Rights L.J.* 1, 1980; Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. IIDH/CIVITAS, Madrid, 1987, págs. 205-219; Buergenthal, Thomas, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*. IIDH/EJV, San José/Caracas, 1990, págs. 98 y 99; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. IIDH, San José, Costa Rica, 1996, págs. 232-234.

31 El artículo 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es aplicable a los miembros de la Organización de los Estados Americanos que no son parte en la CADH, establece un derecho de petición análogo por su amplitud, pues atribuye competencia a ésta para “examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible”.

32 Cfr. a este respecto, el importante estudio de Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario (noviembre de 1999)*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2001, págs. 3-68.

el derecho de petición individual para denunciar la violación de los derechos por ella protegidos, se abrió un campo formidable para el florecimiento de la personalidad jurídica internacional del ser humano<sup>33</sup>. Tal como lo ha destacado el juez Cançado Trindade,[...] no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, **la piedra angular del acceso de los individuos al mecanismo de protección de la Convención Americana**<sup>34</sup>. (Énfasis añadido por el autor).

Siguiendo ese concepto, los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH se han adecuado al objeto y fin del tratado, para asegurar al máximo los derechos procesales de la víctima y del peticionario, interpretando con amplitud las disposiciones pertinentes de la CADH. Según las normas procesales vigentes de la CIDH, el peticionario tiene derecho, en principio, a que, en el trámite de su caso, se agoten todos los mecanismos de protección previstos en la CADH. Por lo tanto, sólo a título excepcional podría impedirse que sea sometido a la consideración de la Corte IDH un caso en el que la CIDH concluya que el tratado ha sido violado<sup>35</sup>, según lo dispone el artículo 45(1) del Reglamento de la Comisión<sup>36</sup>:

---

33 Hace apenas quince años abordé el asunto con optimismo, pero reconociendo que aún se estaba en una fase de aproximación que no había cristalizado, como ocurre en el presente. Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...* págs. 65 y ss.

34 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C No. 41, voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 3.

35 En mi opinión, incluso cuando la CIDH concluye que no hubo violación de la CADH, si la víctima manifiesta su aspiración a que el caso sea sometido a la Corte IDH, la CIDH debería introducir a la instancia: el recurso a la Corte es un medio de protección de los derechos humanos y no un derecho procesal de la CIDH. Las razones para denegar el acceso a la Corte de estos casos deberían estar sometidos a la misma regla del artículo 45(1) del Reglamento de la CIDH: decisión fundada de la mayoría de los miembros de la Comisión.

36 Aprobado por la CIDH en su 137o. período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, y modificado el 2 de septiembre de

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

En cuanto a la Corte IDH, el artículo 39(1) (d) de su Reglamento<sup>37</sup>, ordena a la Secretaría que se notifique a la presunta víctima la presentación del caso por parte de la CIDH, y el artículo 25 establece que las presuntas víctimas “podrán presentar en forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso”. A su vez, el artículo 37 otorga a la presunta víctima “un plazo improrrogable de 2 meses [...] para presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas”. Por lo tanto, una vez sometido un caso a la Corte IDH (actuación que, según el artículo 61(1) de la CADH, es monopolio de los Estados parte y de la CIDH), el ser humano individual puede ejercer plenamente su derecho a ser parte plena, con total autonomía, en el proceso ante la Corte IDH. Más aún, en la reforma reglamentaria de noviembre de 2009, el rol de la CIDH en el proceso ante la Corte quedó reducido al sometimiento del caso y a su intervención en situaciones en las que esté interesado el orden público interamericano (arts. 35(1)(f) y 52(3) del Reglamento de la Corte), “permitiendo así que la Comisión juegue más un papel de órgano del sistema interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes”<sup>38</sup>.

De esta manera, los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH han desarrollado con progresiva claridad un derecho autónomo, establecido y regulado en la misma CADH y en los citados reglamentos: el

---

2011 y en su 147o. período ordinario de sesiones, celebrado del 8 y el 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

37 Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

38 *Exposición de Motivos* del Reglamento, pág. 2.

**derecho a la protección internacional de los derechos humanos.**

Esta formulación se sustenta sobre tres pilares: 1) la cuestión conceptual según la cual el titular subjetivo de los derechos humanos es la persona y nadie más; 2) la formulación procesal del artículo 44 de la Convención, y, 3) el sistema general de protección dispuesto por el tratado.

**ii. La efectividad del derecho a la protección internacional de los derechos humanos**

El derecho a la protección internacional, como cualquier otro, debe ser **efectivo**, y debe estar sometido a los mismos deberes de **respeto y garantía** que pautan el artículo 1(1) de la CADH, para su libre y pleno ejercicio. Así lo imponen la interpretación de buena fe de esos tratados y el *effet útil* que debe reconocerse siempre a los mismos. Por lo mismo, ese derecho comporta nuevos deberes para los Estados, como lo son, en primer lugar, el deber (negativo) o prohibición de establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional<sup>39</sup>; en segundo lugar, el deber (positivo) de cooperar en el buen desarrollo del proceso, y, en tercer lugar, el deber (positivo) de **adoptar las medidas legislativas y de otro carácter** necesarias para ejecutar las decisiones de los órganos internacionales de protección a los derechos humanos.

No debe olvidarse que la Corte IDH ha interpretado el artículo 2 de la CADH de manera general y ha dejado claro, que un Estado parte en un tratado “tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”<sup>40</sup>, y que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su Derecho interno

---

39 Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales...* pág. 232; y voto concurrente del juez Cançado Trindade, ya citado, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, excepciones preliminares...

40 Corte IDH, Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párr. 30.

las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>41</sup>. Estas conclusiones son de aplicación general.

Los derechos de las víctimas presuntas, así como los deberes del Estado, no se agotan, pues, en el acceso a la protección internacional, sino que comprenden **su efectividad**, sin la cual el sistema internacional de salvaguarda de los derechos humanos carecería de **efecto útil**. Por lo tanto, las decisiones tutelares de instituciones internacionales de protección son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte, los cuales deberán adoptar las **disposiciones legislativas o de otro carácter** necesarias para ponerlas en práctica, en la medida en que tales mecanismos no existan en el derecho interno (CADH, art. 2). Esta conclusión conduce a examinar el tema de la fuerza obligatoria o vinculante de las decisiones de las instituciones interamericanas de protección de los derechos humanos.

Los Estados parte en la CADH están obligados a adoptar las disposiciones legislativas y de otro carácter necesarias para dotar de efectividad en el orden interno a **todos los compromisos asumidos al ratificar el tratado y reconocer la competencia de los órganos de protección en él previstos**. Las sentencias de la Corte IDH, más allá de ninguna discusión, son de obligatorio cumplimiento para los Estados sometidos a su jurisdicción en un caso contencioso. Así lo estipula el artículo 68 de la CADH:

1. Los Estados Partes 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.

Esta disposición debe interpretarse en su más amplio sentido, pues no debe restringirse sólo a la sentencia sobre el fondo del caso sino a todas las sentencias, resoluciones y demás providencias que en el

---

41 Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina...* párr. 59.

curso del proceso adopte el tribunal, en particular a aquellas que se refieren las excepciones preliminares, a reparaciones o a la ejecución de la sentencia, así como a las medidas provisionales que la Corte IDH ordene de conformidad con el artículo 63.2 de la CADH. Sin embargo, la única previsión sobre ejecución de sentencias que contiene la CADH es la relativa a la indemnización compensatoria que pudiere acordar la sentencia. Esto resulta a todas luces insuficiente, pues numerosas providencias judiciales están referidas a actuaciones a las cuales debe proveer el Estado al cual está dirigida la sentencia y que no implican el pago de una indemnización. Lamentablemente, las resoluciones de la Corte IDH no indemnizatorias, como las de restitución, investigación, sanción y no repetición, exhiben niveles de cumplimiento menor que las de indemnización pecuniaria.

En cuanto a la **obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, la jurisprudencia de la Corte IDH ha aclarado lo siguiente:

[...] en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, *si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*”, por lo

que, *al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes*<sup>42</sup>. (Las cursivas son de la Corte; los resaltados han sido añadidos por el autor).

La anotada conclusión de la Corte IDH encuentra su fuente, una vez más, en el principio de buena fe, capital en el derecho internacional general, que está recogido en el ya citado artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una obligación de “**realizar los mejores esfuerzos**” también es, en términos jurídicos, una típica **obligación de comportamiento**, que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. La conducta del Estado debe someterse al **estándar de “los mejores esfuerzos” tomando en cuenta todas las circunstancias del caso**. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la CIDH, que implique una completa omisión de medidas encaminadas a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe; pero aun así, sería necesario examinar las circunstancias del caso para determinar si el Estado no estaba, por circunstancias muy especiales, en condiciones de hacer ningún esfuerzo inmediato para ese propósito. En cambio, en los supuestos en que el Estado emprenda algún tipo de acción para satisfacer esas recomendaciones, será necesario examinar dichas acciones con el fin de determinar si las mismas alcanzan el umbral requerido por la buena fe y por el estándar de “los mejores esfuerzos”, para concluir si se está ante un comportamiento del Estado que cumple con las recomendaciones o que está enderezado hacia el cumplimiento de las mismas, o que configura un cumplimiento incompleto o defectuoso.

Totalmente diferente es el supuesto en que la conducta del Estado frente a las recomendaciones de la CIDH esté encaminada a contravenirlas o violentarlas. La desatención explícita de las

---

42 Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; párrs. 80 y 81.

recomendaciones debe considerarse, en general, incompatible con la buena fe que debe presidir la aplicación de la CADH, de modo que semejante conducta, debe tenerse como una nueva violación de la misma Convención así como de las obligaciones del Estado según los preceptos del derecho internacional general.

En síntesis, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso, por lo demás nunca utilizado hasta el presente, que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

## **2. La aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los órganos administrativos y judiciales del Estado**

El deber de los Estados de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de la CADH, no puede entenderse como un condicionamiento previo para que las autoridades administrativas y judiciales apliquen directamente lo prescrito por ella. Este es básicamente un problema de derecho interno, que es donde se define el mecanismo de incorporación y aplicación de los tratados en la jurisdicción doméstica. Si para poner en práctica un tratado, el derecho interno no requiere medidas legislativas adicionales a su ratificación que lo incorporen al orden doméstico, sino que los diferentes agentes internos pueden aplicarlo directamente a través de actuaciones cuyo fundamento inmediato es el tratado mismo, se está en presencia de convenciones, o más exactamente, de obligaciones internacionales **autoejecutables** o *self-executing*. No debe olvidarse que el artículo 2 de la CADH, como el artículo 2 del Protocolo de San Salvador (y el artículo 2(2) del PIDCP), prescriben que las medidas de ejecución de lo pactado en el ámbito nacional, pueden ser legislativas o **de otro**

**carácter.** Dentro de esas medidas de otro carácter se encuentran las que puedan adoptar los órganos administrativos y judiciales del Estado parte para aplicar directamente el derecho internacional en la esfera doméstica, sin necesidad de una nueva ley que “reciba” el tratado.

La aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos por el juez ha dado origen a lo que se ha denominado el **control de convencionalidad**, consistente en un juicio sobre la compatibilidad entre los actos del Estado relativos a un caso sometido a la jurisdicción interna y sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o, en sentido más general, según el derecho internacional convencional.

Cabe, entonces, preguntarse si la incorporación al derecho interno y la autoejecutividad de las obligaciones internacionales de los Estados, presenta particularidades especiales cuando dichas obligaciones conciernen a los derechos humanos, porque la relación entre el derecho interno, particularmente el derecho constitucional, y el DIDH tampoco es fácilmente comprensible si no se tienen en cuenta esas características propias de este último. Sobre ese punto (a) versará el primer grupo de consideraciones del capítulo que ahora abordamos. Seguidamente (b) se hará un breve repaso de los mecanismos de inserción del DIDH en el derecho interno, con particular referencia a los ordenamientos jurídicos de América Latina.

#### **a. La inserción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. Referencia al derecho comparado en América Latina**

Por su naturaleza, el DIDH manifiesta una marcada tendencia a insertarse y permear el derecho constitucional, de donde, precisamente, se origina. Así, de la **internacionalización del derecho constitucional** que se origina en la internacionalización de los derechos humanos, se ha pasado a la **constitucionalización del derecho internacional**, resultante de la inserción de los derechos humanos internacionales en el bloque de constitucionalidad. En ese sentido, a través de distintas formulaciones, diferentes órdenes constitucionales, en particular en

América Latina, han reconocido jerarquía constitucional a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Sin embargo, ese concepto es menos evidente en ordenamientos nacionales que no reconocen rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Las consideraciones que siguen son, pues, aplicables a la situación en la que el derecho interno sí reconoce ese rango a dichos tratados.

En esas situaciones, la inserción específica de los tratados sobre derechos humanos al derecho interno adquiere una dimensión particular con respecto a otros mecanismos de incorporación aplicables al derecho internacional general. Se trata de una nota específica del DIDH, cuyas manifestaciones internas tienden a ubicarse en la jerarquía formal de la Constitución más que en el rango estrictamente propio de las leyes.

Las fórmulas y mecanismos a través de los cuales se produce esta confluencia entre el DIDH y el derecho constitucional son de diverso tenor<sup>43</sup>. A los efectos de esta presentación, dichos mecanismos se ordenarán en dos grupos, a saber, primero la inserción explícita, esto es, mediante una disposición que expresamente reconoce el rango constitucional de las convenciones concernientes a los derechos humanos, o de algunas de entre ellas (i); segundo, la inserción implícita, a través de la extensión del reconocimiento de un rango particular a los derechos humanos, más allá de que su figuración expresa el enunciado constitucional de los mismos (ii).

#### i. La inserción explícita

Algunos ordenamientos constitucionales contemplan expresamente la supremacía del derecho internacional, bien en general<sup>44</sup>, bien

---

43 Sobre el tema, cfr. Ayala, Carlos, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en: *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volumen II. Konrad Adenauer Stiftung/Fundación Pensamiento y Acción/CIEDLA/Asociación Venezolana de Derecho Constitucional/COPRE, Caracas, 1996, págs. 740-763. Del mismo autor: “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en: *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

44 Cfr., por ejemplo, Constitución de Costa Rica, art. séptimo; Constitución de Honduras, art. 18; Constitución de El Salvador, art. 144.

a propósito de ciertas materias como, precisamente, los derechos humanos, lo que autoriza a los tribunales nacionales para subsanar el asunto aplicando el tratado por encima de la nueva ley.

Me limitaré a mencionar algunos ejemplos en los que la Constitución reconoce la preeminencia de las convenciones relativas a la promoción, protección y garantía de los derechos humanos sobre el derecho interno. En ciertos casos, el enunciado de dicha preeminencia es en tal grado general que puede concluirse que está referida a la totalidad del orden jurídico doméstico, caso en el cual los tratados de esa naturaleza tienen jerarquía supraconstitucional. En otros casos, se reconoce a las convenciones sobre derechos humanos jerarquía constitucional. Desde otra perspectiva, ciertas constituciones hacen referencia al rango prevaleciente de los tratados sobre derechos humanos frente al derecho interno en términos generales, mientras que otras limitan esa superioridad jerárquica a ciertas convenciones taxativamente mencionadas. En el primero de estos grupos se encuentra la Constitución de Guatemala, cuyo artículo 46 dispone:

**Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que **en materia de derechos humanos**, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, **tienen preeminencia sobre el Derecho interno.** (Énfasis añadido por el autor).

En la misma dirección se sitúa el artículo 93 de la Constitución de Colombia:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben la limitación de éstos en estados de excepción, **prevalecen en el orden interno.** Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Énfasis añadido por el autor).

La tendencia más reciente en el constitucionalismo latinoamericano es la de reconocer rango supraconstitucional o preponderante a los

derechos humanos internacionalmente protegidos, en la medida en que ofrecen una garantía más amplia que la establecida en la Constitución. La Constitución venezolana de 1999 inauguró esta tendencia, pues expresamente consagró dicho rango preponderante para los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y reconoció jerarquía constitucional al derecho individual de petición internacional en materia de derechos humanos:

**Artículo 23.** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, **tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata** y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (Énfasis añadidos por el autor).

**Artículo 31.** Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

La jurisprudencia constitucional venezolana, empero, no ha aplicado con fidelidad el avanzado concepto recogido en el texto constitucional<sup>45</sup>.

---

45 El importante avance en el plano dogmático que marca la Constitución venezolana de 1999 despertó una positiva expectativa que, no obstante, se ha visto frustrada por la sorprendente interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en varios fallos, particularmente las sentencias 1.013 de 19 de julio de 2001 (sobre la crítica a esta sentencia, cfr. *La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013* (varios autores), Instituto Interamericano

Dentro de esa corriente, la más reciente expresión se encuentra en el artículo primero de la Constitución mexicana, en su reforma de 2011, en el cual es notoria la influencia de la jurisprudencia interamericana, elevó explícitamente los tratados sobre derechos humanos y su protección internacional al rango constitucional y aun preponderante sobre la Constitución:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección *más amplia*<sup>46</sup>.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

---

de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 2001) y 1.942 de 15 de julio de 2.003 (sobre la crítica a esta sentencia, cfr. *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión* (varios autores), Acquitas/Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003), a las que se añaden los “acuerdos” o “comunicados” que siguieron a ambas decisiones. En ellas, el Tribunal Supremo se aparta de la preeminencia del orden internacional más favorable, en contradicción con el expreso postulado del artículo 23 de la Constitución.

46 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, ha emitido un fallo (*Contradicción de Tesis 293/2013*) que no se compadece con el principio *pro persona* enunciado en el artículo primero de la Constitución, pues si bien reconoce que los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma al artículo primero constitucional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo rango constitucional, también determinó que cuando haya una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, **se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.**

La Constitución de Ecuador de Montecristi de 2008, establece en su artículo 417:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

A su vez, el artículo 11(3) de la misma Constitución determina que

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Dentro de esta misma orientación se sitúa la Constitución de Bolivia de 2009, cuyo artículo 13(IV) proclama:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Igualmente, el artículo 74(3) de la Constitución de la República Dominicana de 2010 establece:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

Otras constituciones, en cambio, hacen referencia más precisa a las convenciones internacionales a las que se reconoce jerarquía constitucional. Es el caso del artículo 75, párrafo 22 de la Constitución argentina:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen **jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la **jerarquía constitucional**. (Énfasis añadidos por el autor).

También la Constitución de Nicaragua (artículo 46) hace un enunciado limitado de instrumentos internacionales de rango constitucional:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto,

promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Sin embargo, como esta disposición también hace mención, de manera genérica a los “derechos inherentes a la persona humana”, también ubica a la Constitución nicaragüense en el segundo grupo de ordenamientos constitucionales, en los que la inserción a dichos ordenamientos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos se hace de una manera implícita.

La Constitución de Paraguay, por su parte, enuncia una posición de principio:

Artículo 145.- Del orden jurídico supranacional.

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite el orden jurídico supranacional **que garantice la vigencia de los derechos humanos**, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. (Énfasis añadido por el autor).

Así mismo, en el caso paraguayo el elenco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos es susceptible de ampliarse por la vía implícita del expreso reconocimiento de que los derechos reconocidos por la Constitución no se agotan en una lista taxativa sino meramente enunciativa.

Hasta aquí la inserción explícita de las convenciones sobre derechos humanos al ordenamiento constitucional en varios países de América

Latina. También se han ideado mecanismos que conducen a la inserción implícita de esas convenciones en el bloque de constitucionalidad de numerosos países de la región.

- ii. La inserción implícita. El *numerus apertus* de los derechos humanos y las cláusulas constitucionales de apertura  
- Las cláusulas de *apertura o abiertas*

En numerosas Constituciones latinoamericanas el problema queda directamente resuelto mediante la expresa estipulación de que la enumeración de los derechos humanos contenida en la Constitución es meramente enunciativa y no taxativa. Es lo que denominaré una “cláusula de apertura” constitucional<sup>47</sup> (también denominada “cláusula abierta”)<sup>48</sup>. Es el caso, por ejemplo, del artículo 94 de la Constitución de Colombia:

**Artículo 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Disposiciones similares se encuentran en las constituciones de la Argentina, art. 33; de Bolivia, art. 13(II); de la República Federativa de Brasil art. 50.- LXXVII-2 (que menciona expresamente las convenciones internacionales como fuente de reconocimiento de derechos no enunciados expresamente en la Constitución); de Costa Rica, art. 74; de Ecuador, art. 11(7); de Guatemala, art. 4; de Honduras,

---

47 Cfr. Carpio Marcos, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en: *Cuadernos Constitucionales* 3, México, 2000.

48 El origen de este género de cláusulas se encuentra, sin duda, en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (parte del *Bill of Rights*, 1791): “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense no ha reconocido a la Novena Enmienda la virtualidad suficiente para incorporar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de modo que no ha funcionado, en esa dimensión, como una cláusula de apertura en el sentido como es entendida en este trabajo.

art. 63; Nicaragua, art. 46 (que, como ya se ha expresado, menciona además, varios instrumentos internacionales); de la República Dominicana, art.74(1); del Paraguay, art. 45; del Perú, art. 30.; del Uruguay, art. 72, y de Venezuela, art. 22.

Las bases de la **inherencia** se inspiran en diversas orientaciones filosóficas, pero lo decisivo es, más que el fundamento, el concepto resultante: se trata de derechos que se reconocen universalmente para la especie humana y cuya titularidad y ejercicio deben respetarse en cabeza de cada persona. El Estado sólo los reconoce, no los crea ni los atribuye. La protección a los derechos humanos expresa una ideología universal, de la humanidad como un todo.

De textos como el comentado cabe extraer, sin mayor dificultad, un cierto número de consecuencias:

- **Primero.** Que la enumeración de los derechos constitucionales es enunciativa y no taxativa.
- **Segundo.** Que los derechos así enunciados no agotan los que deben considerarse como “inherentes a la persona humana”.
- **Tercero.** Que todos los derechos enunciados en la Constitución, empero, sí son considerados por ésta como “inherentes a la persona humana”.
- **Cuarto.** Que todo derecho “inherente a la persona humana” podría haber sido recogido expresamente por el texto constitucional.
- **Quinto.** Que una vez establecido que un derecho es “inherente a la persona humana”, la circunstancia de no figurar expresamente en el texto constitucional no debe entenderse en menoscabo de la protección que merece.

Textos con un contenido semejante indican, en suma, que lo jurídicamente relevante es que ese determinado derecho sea **inherente a la persona humana**. Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser

considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia, no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la Constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la Constitución acuerda para los que expresamente enumera, lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como inherente a la persona humana.

De todo ello resulta, pues, que aquellos derechos reconocidos en convenciones internacionales como atributos inherentes a la persona<sup>49</sup>, en Estados cuyas constituciones contengan disposiciones de este género, deben considerarse sometidos en forma implícita al régimen de los derechos humanos constitucionales. En todo caso, lo dispuesto por normas de este género configura un régimen particular, dentro del derecho interno, para los derechos humanos reconocidos por tratados en los cuales el Estado en cuestión es parte. Los derechos humanos recogidos en tales instrumentos tienen rango constitucional y, además, reúnen *prima facie*, los requisitos para ser justiciables ante los tribunales internos.

Pero, más allá incluso de esa expresa apertura, conceptualmente la unidad de la dignidad humana apareja la unidad de sus atributos y de los derechos que los expresan. Cabe entonces preguntarse si es conceptualmente válido discriminar entre derechos expresamente reconocidos en la Constitución y aquellos que son el objeto de reconocimiento internacional por el Estado concernido, pero no figuran expresamente en el texto de la Constitución. La respuesta debe

---

49 Numerosas convenciones internacionales referentes a los derechos humanos los califican expresamente como inherentes a la persona humana. Tal es el caso, por ejemplo, del Preámbulo (común) a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos; del Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación a Todas las Formas de Discriminación Racial; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los define como atributos de la persona humana. Conceptualmente, el mismo principio figura en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia.

ser negativa. Semejante distinción es meramente formal y no atiende a la sustancia de los derechos humanos. En verdad, una vez que el Estado se ha organizado a partir del concepto de preeminencia de la dignidad humana, no es dable considerar las declaraciones constitucional e internacional de derechos humanos como catálogos opuestos o separados, sino como inventarios complementarios de los derechos que el Estado reconoce como dimanando de la dignidad humana. Por lo tanto, no deben dividirse sino sumarse y acordarles la protección unitaria que su única naturaleza impone. Es una disyuntiva que no ofrece espacios intermedios: o bien se opta por una interpretación *contra homine* de la declaración constitucional de derechos humanos y se la considera cerrada a toda ampliación que incluya otros derechos que el mismo Estado ha reconocido como inherentes a la persona humana, o bien se practica una interpretación *pro homine* según la cual los límites de la protección constitucional vienen dados por los derechos inherentes a la persona y no por el texto de la Constitución.

El reconocimiento internacional por parte del Estado de derechos humanos proclamados internacionalmente como **inherentes a la dignidad de la persona humana**, acarrea cierto número de consecuencias jurídicas, que serán objeto de los comentarios que siguen.

## **b. Consecuencias de la inserción**

### **i. Rango constitucional**

No hay razón lógica, conceptual ni jurídica para que los derechos humanos reconocidos expresamente sólo en instrumentos internacionales tengan un rango inferior a aquellos que también ha sido objeto de reconocimiento explícito en la Constitución. De esta conclusión se derivan varias consecuencias.

#### **- *Supremacía jerárquica***

Los derechos humanos reconocidos en convenios internacionales tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos

constitucionales. Esta conclusión es independiente de la posición que pueda adoptarse con relación a la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana. De esto sigue que las limitaciones a su ejercicio, en el supuesto de que estén autorizadas por el tratado respectivo, sólo pueden hacerse a través de la ley, pues es conocido que las restricciones a los derechos constitucionales forman parte de la reserva legal.

Un tema conexo, que puede revestir cierta complejidad, es el del posible conflicto de leyes entre la CADH o una convención cualquiera relativa a los derechos humanos, con otro tratado de diferente propósito o naturaleza. Existen ciertas reglas o técnicas propias del derecho internacional que deberían facilitar la solución de los conflictos normativos, como la preeminencia del derecho internacional imperativo o *ius cogens* sobre cualquier acuerdo que lo contradiga<sup>50</sup>; o el de la *lex specialis*, según el cual, la regla más específica debe prevalecer sobre la más general; o el de la *lex posteriori*, que reconoce prioridad a la regla del tratado más reciente por sobre la del más antiguo, sobre la misma materia. Sin embargo, estos criterios no son siempre aplicables o son de dudosa aplicación. Además, son criterios generales de derecho internacional y no específicamente vinculados con las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos. ¿Existen reglas específicas para resolver conflictos de leyes entre un tratado sobre derechos humanos y otro concerniente a materia diferente?

La más reciente tendencia jurisprudencial en el ámbito del derecho internacional general apunta hacia una interpretación integradora de los tratados, lo cual no deja de presentar diversas dificultades

---

50 De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una “norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

prácticas<sup>51</sup>. En todo caso, la Corte Internacional de Justicia, en un caso reciente<sup>52</sup>, aplicó por primera vez el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual, en la interpretación de un tratado debe tenerse en cuenta, como parte de su contexto, “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

La Corte IDH, por su parte, tuvo ante sí un caso en el que un tratado bilateral de inversiones podría entrar en conflicto con la CADH<sup>53</sup>. La Corte expresó lo siguiente:

[...] la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales (**sic**) no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación **debe ser siempre compatible** con la Convención Americana, **tratado multilateral** de derechos humanos dotado de **especificidad propia**, que genera **derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad** de los Estados<sup>54</sup>. (Énfasis añadidos por el autor).

El asunto no fue realmente resuelto como una materia determinante en el litigio, pero es clara la sugerencia de la Corte IDH de que, en caso de conflicto, el Estado concernido debe tratar de armonizar ambos tratados, pero sin sacrificar, en ningún caso, el cumplimiento de los deberes que le impone la CADH. Esa conclusión se fundamentaría sobre cuatro consideraciones relativas a ella: i) es un tratado

---

51 Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention”, 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279, 2005.

52 Case Concerning Oil Platforms, (Iran v. U.S.), Judgment, I.C.J. Reports 2003. La Corte se valió de las reglas de derecho internacional general sobre uso de la fuerza para interpretar el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre Irán y los Estados Unidos.

53 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

54 *Ibidem*, párr. 140

multilateral; ii) tiene especificidad propia (*lex specialis*?); iii) genera derechos a favor de individuos, y, iv) no depende enteramente de la reciprocidad entre Estados. La Corte IDH no hizo elaboración alguna sobre esos cuatro componentes, pero es claro que su inclinación es la de considerar una especial jerarquía para la CADH frente a acuerdos de naturaleza sustancialmente económica o comercial.

- *Irreversibilidad*

Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos que, en virtud de ese carácter, deben considerarse implícitamente incluidos en la enumeración constitucional, aunque no figuren en ella de manera expresa. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Así, en el supuesto de que un tratado de las características apuntadas fuera denunciado (si se trata de una convención denunciable, pues no todas lo son), la denuncia no tendría efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El Estado denunciante sólo se libraría, a través de esa hipotética denuncia, de las obligaciones internacionales contraídas por el tratado y, desde luego, de los mecanismos internacionales para reclamar su cumplimiento, particularmente de los procedimientos previstos para la protección de los derechos humanos, pero no del reconocimiento de los derechos humanos que la convención denunciada postuló como “inherentes a la persona humana”.

El impacto de la aprobación de una declaración o de la ratificación o adhesión a un tratado sobre el derecho interno es irreversible. El tratado, como los actos que lo aprueban y ratifican, al igual que la Constitución, no crean ni confieren derechos humanos, sino que los reconocen como inherentes a la persona, de modo que, en esa medida, no pueden ser suprimidos.

- *Progresividad*

De la interacción entre los tratados y el derecho interno resulta una manifestación, esta vez en el ámbito doméstico, del fenómeno de progresividad, característico de la protección internacional de los derechos humanos<sup>55</sup>. La progresividad se manifiesta, en primer lugar, en el ya señalado efecto de la ratificación de los tratados que reconocen derechos como inherentes a la persona, la cual conduce a un desarrollo capaz de definir con rango de derechos constitucionales a algunos que no figuran expresamente en el texto de la Constitución. Se extiende así, de modo irreversible, el alcance de la protección a los derechos humanos en el derecho interno.

Por otra parte, también en este ámbito está llamado a operar lo que se ha descrito como la “cláusula del individuo más favorecido”. En efecto, de la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional va a resultar que si un mismo derecho es regulado de modo diferente por la Constitución y por un tratado, debe aplicarse la disposición más favorable al ser humano. Un tratado no puede restringir los derechos constitucionales, de modo que siempre habría que aplicar la norma constitucional más amplia que la internacional. Pero en cambio, nada obsta a que, por la vía de un compromiso libremente asumido, el Estado acuerde para ciertos derechos una protección más amplia que la prevista en el derecho interno, caso en el cual no puede aplicarse la norma nacional más restrictiva, pues ello implicaría la violación del tratado y justificaría el recurso a la protección internacional.

ii. *Defensa constitucional y control de convencionalidad*

Si los derechos humanos merecen protección más por ser atributos inherentes a la persona humana que por figurar expresamente en el enunciado constitucional, no cabe negar la tutela que la Constitución y

---

55 Abordé este tema en una monografía hace un cuarto de siglo, cuyo sentido y conclusiones se han visto confirmadas por la evolución del DIDH desde entonces: Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...*

la ley extienden a los derechos constitucionales a aquellos que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en la Constitución. La consecuencia lógica de dicha norma es la de extender a los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el Estado la misma tutela administrativa y judicial que ordinariamente puede hacerse valer para la defensa de los derechos constitucionales, incluido, según el sistema adoptado por cada Estado para ese fin, el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos de efectos generales o particulares emanados de los distintos órganos del poder público. Todo ello ha dado origen a una creciente aplicación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos por los tribunales de la jurisdicción interna en América Latina, donde, en general, operan conjuntamente el mecanismo característico de incorporación de los tratados al orden jurídico interno mediante una ley aprobatoria que precede a su ratificación y las cláusulas de apertura o abiertas mediante las cuales se reconoce el rango constitucional de los derechos humanos internacionales o, al menos, de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, el control que el juez interno está llamado a ejercer en aplicación directa de tratados concernientes a los derechos humanos no se agota y no tiene por qué agotarse, en el que se origina en el rango constitucional que pueda reconocerse a las obligaciones internacionales del Estado. El juez, como órgano que es del Estado, puede también estar en posición de dar cumplimiento a esas mismas obligaciones internacionales mediante el ejercicio del llamado **control de convencionalidad**, el cual implica la aplicación directa por el juez nacional de las disposiciones de un tratado, particularmente de los relativos a los derechos humanos<sup>56</sup>.

---

56 Cf. Ayala Corao, Carlos, *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; Brewer-Carías, Allan R., y J.O. Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 131, 2013, estudio en el cual se vierte el voto razonado del entonces juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, excepción preliminar,

La Corte IDH expresó por primera vez este concepto en el caso *Almonacid Arellano*, en lo términos siguientes:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>57</sup>.

---

fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220; Carbonell, Miguel, *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Líneas Jurisprudenciales/Tribunal Electoral de la Federación, México, 2013; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales* Año 2, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009; Castilla, Karlos, “Control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia en el Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI 2011, págs. 593-624; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America (February 24, 2011)”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, No. 1-2, 2010, págs. 200-219, disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1929887>>, a 13 de noviembre de 2013.

57 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124. Desde entonces, la Corte IDH ha acudido reiteradamente al mismo concepto para enfatizar la función del juez interno en la aplicación de la CADH y como agente del Estado para ese propósito: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 173; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal*

En su desarrollo jurisprudencial ulterior, la Corte IDH ha añadido que la obligación del juez nacional, relativa al control de convencionalidad, no está sujeta a que dicho control le sea solicitado *ex parte*, sino que debe ejercerlo aun de oficio<sup>58</sup>. La Corte IDH no ha expresado el fundamento legal del control de convencionalidad, ni tiene por qué hacerlo, pues se trata de una conclusión inseparable del deber jurídico que pesa sobre los Estados parte en la CADH de hacer plenamente efectiva la normativa convencional, dentro de su jurisdicción; sin embargo, esa omisión no ha dejado de ser objeto de críticas, lo mismo que el sentido general de la jurisprudencia interamericana relativa al control de convencionalidad<sup>59</sup>.

---

*Vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 339; *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. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 202; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, párr. 225; *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, párr. 164; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 282; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala*, fondo reparaciones y costas, sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 330; *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 225.

58 Así lo ha expresado la Corte IDH en su jurisprudencia: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso...* párr. 128; *Caso Radilla Pacheco...*, párr. 339; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 225; *Caso Furlan y Familiares...* párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro...* párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar)...* párr. 330; *Caso de la Masacre de Santo Domingo...* párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros...* párr. 225.

59 Sobre la crítica a esta jurisprudencia, cfr. Fuentes Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, Yale Law School. Disponible en: <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf)>, a 21 de noviembre de 2013.

El criterio expresado por la Corte IDH no debería encontrar mayores dificultades en el ámbito latinoamericano – al cual están referidas todas las sentencias que hacen mención al control de convencionalidad –, puesto que el mecanismo generalmente aplicado en los países de América Latina de incorporar los tratados al derecho interno mediante una ley nacional que los aprueba antes de que el Jefe de Estado los ratifique, confiere a dichos tratados y a los derechos que protegen el rango de leyes internas, cuando menos. A esto se añade la tendencia general del constitucionalismo regional de reconocer rango constitucional y aun preponderante sobre la Constitución. Sin embargo, según conceptos tradicionales sobre la incorporación del derecho internacional al derecho interno, podría ofrecer resistencias con respecto a los sistemas jurídicos nacionales donde tal mecanismo no ha sido adoptado.

Ahora bien, el sistema jurídico interno para alcanzar la exigibilidad de las obligaciones internacionales en derechos humanos, no puede ser invocado como justificativo para incumplirlas<sup>60</sup>. En el caso de la CADH, por ejemplo, su artículo 1(1) obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos protegidos de manera inmediata y sin condiciones. Igualmente, el artículo 1 de la Convención Europea reconoce de manera inmediata e incondicional los derechos en ella enunciados a todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados parte. Por lo tanto, el Estado viola sus obligaciones internacionales si un derecho humano internacionalmente reconocido por un tratado no puede ser garantizado en el orden doméstico por el juez, porque el sistema jurídico interno no lo autoriza para así hacerlo mientras no haya sido incorporado a éste. Así lo afirmó la Corte IDH en su jurisprudencia más temprana con relación a la exigibilidad en el

---

60 Este principio proviene del derecho internacional consuetudinario y quedó expresado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Fue invocado recientemente por la Corte Internacional de Justicia a propósito de la aplicación en el derecho interno de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos, Crueles o Degradantes. Cfr. CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique vs. Sénégal*. Arrêt, 20 juillet 2012, párr. 113.

derecho interno del derecho de rectificación o respuesta garantizado por el artículo 14 de la CADH<sup>61</sup>

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, **no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1**, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos<sup>62</sup>.

[...] todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, **está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin**. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de “ley”, tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta<sup>63</sup>. (Énfasis añadidos por el autor).

En sentido estricto, en el SIDH el control de la convencionalidad de los actos del Estado corresponde exclusivamente a la Corte IDH,

---

61 “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

62 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*... párr. 24.

63 *Ibidem*, párr. 33.

pues ella es el órgano jurisdiccional competente para conocer casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José, en los términos del artículo 63(3) del mismo, lo cual comporta un juicio sobre la compatibilidad entre los actos del Estado relativos al caso y sus obligaciones según la CADH, es decir, la confrontación normativa entre ella y un acto del Estado<sup>64</sup>. Sin embargo, la propia Corte IDH ha empleado la expresión “control de convencionalidad” o “una especie de control de convencionalidad” para referirse a la obligación que pesaría sobre los jueces de los Estados parte en la CADH de aplicarla directamente a los casos sometidos a su jurisdicción, procediendo incluso *ex officio*. La Corte IDH, sin embargo, también se ha cuidado de aclarar que ese control deben hacerlo los jueces nacionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>65</sup>.

Estos diferentes niveles de control de convencionalidad fueron explicados con conceptos traídos del derecho constitucional, por el juez Ferrer Mac-Gregor, distinguiendo entre el control concentrado y el control difuso de convencionalidad<sup>66</sup>. El **control concentrado de convencionalidad** lo realiza exclusivamente la Corte IDH cuando coteja los actos y las normas jurídicas de los Estado parte con sus obligaciones internacionales según la CADH, y determina su compatibilidad con ésta así como las consecuencias de un juicio adverso al respecto. El **control difuso de convencionalidad**, en cambio, es tarea de las autoridades de cada Estado, particularmente

---

64 Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Porrúa, Ciudad de México, 2008, pág. 46; Castilla, Karlos, *Control de convencionalidad...* págs. 596 y ss.

65 Cf., por ejemplo, Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco...* párr. 339; *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 225; *Caso Furlan y Familiares...* párr. 303; *Caso Masacres de Río Negro...* párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar)...* párr. 330; *Caso de la Masacre de Santo Domingo...* párr. 142 y nota al pie 193; *Caso Mendoza y otros...* párr. 225.

66 Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párrs. 22 y ss. Esas ideas habían sido sugeridas por el ex Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez en su voto razonado en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)...*, en especial, párrs. 12 y 13. Igualmente, Carbonell, Miguel, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación...* págs. 7 y ss.

de los jueces a cuyo cargo está “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. El juez nacional, por lo tanto, no solamente debe reparar las consecuencias que surjan de un acto lesivo a los derechos humanos protegidos por la CADH, sino inaplicar las normas jurídicas domésticas incompatibles con ésta.

El control de convencionalidad resulta de las obligaciones de los Estados según el derecho internacional general y según las disposiciones expresas de algunos tratados (PIDCP, art. 2(2); CADH, art. 2; Protocolo de San Salvador, art. 2, por ejemplo) de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, particularmente las referidas al respeto y la garantía de los derechos humanos. El juez es un órgano del Estado que tiene atribuidas funciones clave en esta materia, al punto que el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es, en general, un requisito para acceder a la protección internacional. En definitiva, el juez tiene a su cargo el último grado de control en las instancias domésticas para verificar si las actuaciones imputables al Estado se adecuaron o no a sus obligaciones internacionales sobre derechos humanos. En el ejercicio de esa función, el juez debe ejercer control de convencionalidad, en el sentido de contrastar los actos imputables al Estado con sus obligaciones internacionales y condenar los desajustes que observe, siempre, desde luego, dentro de los límites de la competencia, para así hacerlo según el orden jurídico doméstico. El juez, como órgano del Estado, puede ser vehículo para el cumplimiento o la violación de esas obligaciones internacionales, lo que implica el deber jurídico de actuar en consonancia con éstas, a menos que un obstáculo insalvable de naturaleza jurídica se lo proscriba, particularmente en razón del mecanismo constitucional para la recepción en el orden interno del derecho internacional o de su competencia para aplicar directamente los tratados sobre derechos humanos.

En un sentido más amplio, el control de convencionalidad representa un mecanismo válido para dotar de efecto útil al DIDH. Ya hemos recordado que las convenciones sobre derechos humanos difieren conceptualmente de los tratados tradicionales. Éstos persiguen un intercambio de prestaciones entre los Estados que los suscriben y están destinados a producir sus efectos en la esfera de las relaciones jurídicas entre éstos. En cambio, los relativos a los derechos humanos tienen como objeto y fin la protección de las personas humanas sujetas a la jurisdicción de los Estado parte, dentro de cuyo ámbito producen sus más importantes efectos, particularmente los relativos al respeto, la protección, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos. Es el ser humano y no el Estado el acreedor de las obligaciones que emanan de esas convenciones; y es cada Estado el sujeto obligado para proporcionar, a través de sus distintos órganos, incluido el judicial, la tutela de los derechos humanos a la que se ha comprometido a través del tratado.

En verdad, desde un punto de vista meramente formal, la aplicabilidad directa de los tratados sobre derechos humanos no depende únicamente de la voluntad del juez. El juez nacional puede encontrar un serio obstáculo para efectuar el control de convencionalidad si el sistema jurídico interno no le autoriza a aplicar directamente el derecho internacional con preferencia al doméstico, sino que se requiere de un acto formal de incorporación y éste no se ha producido. En semejante supuesto, los jueces nacionales están sujetos, *prima facie*, a decidir “en el marco de sus respectivas competencias”, que les impone abstenerse de aplicar la norma internacional que ofrece protección a la persona de cuyos derechos se trata<sup>67</sup>. Al actuar así, el juez sujeta su actuación al derecho interno, el cual aplica correctamente, pero también perfecciona y completa la violación de

---

67 Ello no obstante, el activismo judicial ha sido un resorte importante para impulsar actos formales de incorporación de tratados sobre derechos humanos, en países dualistas en los que tales actos son necesarios. En el Reino Unido, por ejemplo, la *Human Rights Act*, estuvo precedida de una posición de las jurisdicciones británicas que se apoyaban a menudo en la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque ésta no constituía una fuente de derecho disponible en el derecho inglés. Lo mismo ocurrió en los países escandinavos. Esta suerte de “incorporación judicial” de la Convención Europea puso presión sobre los respectivos parlamentos para que sancionaran una ley de incorporación.

sus obligaciones internacionales por parte del Estado. Este enfoque formalista conduce al contrasentido de considerar como legítimo en el orden interno una acción u omisión del Estado que viola obligaciones internacionales sobre derechos humanos y ofende estos derechos.

Este enfoque formalista, apoyado en conceptos tradicionales del derecho internacional, surgidos en la prehistoria de la protección internacional de los derechos humanos y no adaptados a ella, se traduce en una línea de resistencia a la preeminencia de la dignidad humana sobre la otrora soberanía absoluta del Estado. La protección internacional de los derechos humanos ha sido concebida y puesta en práctica, precisamente, para salvaguardar a las víctimas del ejercicio arbitrario del poder soberano del Estado, de modo que es una burla a los compromisos internacionales sobre derechos humanos que se prohíba al juez nacional dotarlos de efectividad, porque ese mismo poder soberano no los ha dotado expresa y formalmente de competencia para así hacerlo. En mi opinión, aunque resulta una anormalidad de cara a los conceptos tradicionales, el derecho internacional, en estos casos, atribuye competencia al juez nacional para hacer prevalecer la protección internacional de los derechos humanos sobre el orden nacional, inaplicándolo si fuere menester.

El control de convencionalidad concebido por la Corte IDH abre caminos para hacer efectivo ese propósito. En primer lugar, porque determina que el juez nacional está obligado “a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Al afirmar que se trata de una **obligación** del juez nacional, se lo protege dentro del orden jurídico interno al poner en práctica el control de convencionalidad desbordando los límites de la competencia que formalmente le atribuyen las leyes internas. Actuando en esa dirección, el juez nacional no sólo procede como juez interamericano a nivel doméstico, sino que actúa como órgano ejecutor de obligaciones internacionales del Estado con respecto a seres humanos que están bajo la jurisdicción del mismo juez nacional.

El artículo 2 de la CADH, al igual que el artículo 2(2) del PIDCP y el artículo 2 del Protocolo de San Salvador, contiene una obligación general a cargo de los Estados parte de adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por el respectivo tratado, disposiciones que no son solo “legislativas”, sino que pueden ser también “de otro carácter”. Las providencias judiciales entran, precisamente, dentro de las disposiciones “de otro carácter”, apoyadas en la doctrina judicial internacional relativa al control de convencionalidad, que el juez nacional está llamado a adoptar para dotar de efectividad en el ámbito nacional a la protección internacional.

En otro sentido, tras el recuerdo que ha hecho la Corte IDH a los jueces nacionales de su función en el “control de convencionalidad” hay también una advertencia a los Estados para que su sistema jurídico interno reconozca la competencia de los jueces para ejercer ese control y aplicar directamente las reglas de DIDH. Los Estados parte en el Pacto de San José no están obligados únicamente a adaptar el orden jurídico interno a las obligaciones que emanan del texto de ese tratado, sino también a lo que resulta de las sentencias de la Corte IDH. Por lo tanto, más allá del cumplimiento que, en la práctica, den los jueces nacionales a sus deberes como agentes del control de convencionalidad, los Estados están sometidos a la obligación internacional de atenerse a lo resuelto por la Corte IDH sobre esta materia, y a remover cualquier obstáculo que pudiera oponerse a que su sistema judicial ponga efectivamente en práctica el control de convencionalidad.

## Conclusión

A la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la interpretación del artículo 2 – en el contexto del derecho de petición ante los órganos del SIDH, que implícitamente se reconoce a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados parte en la CADH –, dicho artículo 2 representa una pieza de significativa importancia para la **garantía de los derechos humanos** reconocidos por la misma Convención. Lo mismo cabe afirmar del artículo 2(2) del PIDCP y del artículo 2 del Protocolo de San Salvador. Aunque se trata de conclusiones

parcialmente fundadas sobre la jurisprudencia interamericana, ellas expresan principios generales aplicables a otras fuentes convencionales del DIDH.

Esa garantía implica cierto número de obligaciones a cargo de los Estados parte. Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican **un hacer** por parte de los órganos del poder público; mientras que otras son negativas, en cuanto comportan **prohibiciones** que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos. Quedan así comprendidas: i) la obligación de **adoptar sin dilación disposiciones de derecho interno** necesarias para hacer efectivos los derechos humanos internacionalmente protegidos; ii) la obligación de **suprimir toda norma o práctica** incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos; iii) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de esas obligaciones internacionales; iv) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias de las mismas obligaciones; v) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas las sentencias y demás providencias de la Corte IDH, así como las decisiones, recomendaciones o dictámenes de la CIDH y demás órganos internacionales de protección de naturaleza análoga, y, vi) el efectivo ejercicio del control de convencionalidad sobre las normas jurídicas internas violatorias de las obligaciones internacionales del Estado concernientes a los derechos humanos o incompatibles con ellas.

# Educación, desarrollo y derechos humanos\*

Mayra Falck\*\*

## Una nota inicial

La realidad regional se puede analizar desde diversas perspectivas. Una de ellas, comúnmente utilizada en los foros de alto nivel, es su importancia económica, de especial relevancia actual debido a los liderazgos en las exportaciones de productos primarios que han asumido diversas economías de la Región, lo cual se suma al alza del nivel de precios, que permite garantizar ingresos significativos. En este texto se hará un intento por evaluar una perspectiva integral, centrada en el ser humano y sus derechos; su enfoque intenta ser holístico y multidimensional. Por ello se pretende, como dice la canción de Andrés Calamaro titulada *Contigo aprendí*, que se puede construir una perspectiva para ver “la luz del otro lado de la luna”.

Un primer aspecto a destacar es que el análisis del tema de los derechos humanos puede variar de un actor a otro, influido por su formación, la función que desempeña o simplemente por su percepción de cuáles deben ser los aspectos esenciales de un enfoque operativo centrado en el goce pleno de los derechos humanos. Por esto, la premisa inicial del trabajo es que los actores sociales y del sector público tienden a ver de manera diferente la forma de analizar e implementar el enfoque de los derechos humanos, o de promover

---

\* Basado en la conferencia desarrollada en el marco del I Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: Historización, debate y perspectivas de futuro, realizado en Medellín, Colombia, del 12 al 22 de marzo del 2013. Organizado y diseñado por el Instituto Interamericano en Derechos Humanos (IIDH) y el Instituto Colombiano en Derechos Humanos (ICDH).

\*\* Macroeconomista hondureña, seleccionada como una de las 18 Líderes de Iberoamérica por el Ministerio de la Igualdad de España y la Fundación Carolina; en 2007 acreedora al Galardón Interamericano a la Mujer seleccionada por los 34 países que integran la Junta Interamericana de Agricultura, por sus aportes en docencia, investigación y ejecución de proyectos.

su ejercicio pleno. Esto ha generado que las perspectivas analíticas para desarrollar procesos formativos varíen; sin embargo, mantienen la esencia de que el “bien ser” humano se constituye en el eje central de los derechos humanos.

Durante el presente curso se ha transitado por una línea de pensamiento que parte de una introducción al marco analítico, conceptual y operativo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), avanzando en el tema de la convencionalidad y la justicia transicional, para luego adentrarse en la temática particular del SIDH y su importancia en el ejercicio y garantía de los derechos humanos. Así, el curso se enfoca en dos temas trascendentales: uno de ellos es la educación, de la cual se ocupa la presente ponencia; el otro, los aspectos medulares de los derechos de los grupos tradicionalmente excluidos, como las mujeres y los pueblos originarios, en fin, lo que podríamos llamar los derechos humanos de los más pobres y los excluidos.

En su trayectoria secuencial y de estudio, el curso logra profundizar como eje transversal – utilizado en los casos y ponencias – el tema del enfoque de los derechos económicos, culturales y sociales, para finalmente abordar los avances, reparos y rezagos de la certeza jurídica del derecho interamericano y analizar en un taller de forma participativa, la relación entre la convencionalidad internacional y los tribunales nacionales. En síntesis, abre un marco de análisis y conexión con la realidad desde una visión inclusiva, rescata las relaciones entre el contexto nacional e internacional, analiza los avances del enfoque de los derechos humanos en el espacio interamericano, para dejar en el pensamiento de cada uno de las y los participantes una perspectiva integral sobre los derechos humanos. Por otro lado, incorpora la forma en que el SIDH se ajusta a los compromisos del desarrollo, la reducción de la pobreza y la promoción de la inclusión.

El presente texto se desarrolla en la siguiente secuencia: en primer lugar, se elaboran una serie de interrogantes a fin de rescatar un enfoque de la educación desde la perspectiva de los derechos humanos, contextualizándolas en los compromisos internacionales que han asumido los Estados y la forma en que los derechos humanos se integran en ese marco. Seguidamente, de manera condensada se realiza una revisión sobre la realidad económica y social de la Región latinoamericana, haciendo énfasis en el caso de Colombia. En la

siguiente sección, se realiza una revisión sobre el enfoque educativo, haciendo énfasis en la gestión del conocimiento, la innovación y el acceso a la educación. Posteriormente, se desarrolla un ejemplo concreto de la Península de Santa Elena, Guayaquil, Ecuador, que es la intervención territorial centrada en la educación media realizada mediante una alianza entre la Fundación Ingeniero Agrónomo Juan José Castelló Zambrano, el Ministerio de Educación y la Universidad Zamorano.

Finalmente, se plantean cuatro aspectos clave para que la educación en derechos humanos se transforme en un eje para promover el desarrollo y logre trascender a un círculo de aprendizaje integral de la sociedad en su conjunto, que abarcan: la importancia de la conexión entre las políticas públicas, el empoderamiento del enfoque de derechos humanos y las iniciativas que permitan llevar el enfoque a la práctica; los mecanismos que permiten que las y los jóvenes puedan adentrarse en una praxis desde el enfoque de derechos humanos y en el contexto de sus diferentes situaciones; la gestión real de la teoría de medios de vida sostenibles como un marco analítico y operativo que hace posible trascender a un enfoque en derechos humanos desde la perspectiva de la pobreza, la inclusión y el desarrollo.

### **1. ¿Cuál es la ruta analítica que puede contribuir a profundizar el aprendizaje en derechos humanos?**

Para construir una respuesta que aborde el tema del aprendizaje apropiado y significativo en derechos humanos, es necesario recurrir a otras dos interrogantes, que permiten profundizar la discusión de la forma mediante la cual se puede lograr incorporar en la práctica educativa el enfoque de los derechos humanos como compromiso de los Estados. Las preguntas iniciales son: ¿puede haber pleno ejercicio de derechos humanos sin calidad educativa? ¿Es posible que la educación en derechos humanos genere cambios estructurales y democráticos?

La respuesta a esas dos interrogantes pasa por comprender que se han desarrollado, a lo largo de setenta años, un conjunto de iniciativas internacionales cuya trascendencia permite asumir que los Estados se han comprometido con los derechos humanos desde la perspectiva del desarrollo. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, los debates y discusiones han avanzado para lograr

su operatividad. Es importante destacar aspectos claves, como la determinación de lograr los derechos de las mujeres, las declaratorias sobre la necesidad de garantizar derechos a los pueblos originarios, las múltiples manifestaciones y reuniones internacionales sobre los temas ambientales que llegan en la actualidad a abordar integralmente el tema del cambio climático. La Declaración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que colocan metas importantes para las sociedades en términos de hambre, salud, pobreza y otros. Más recientemente, todos los aspectos derivados de la efectividad de la ayuda y sus indicadores que permiten asumir la responsabilidad mutua entre quienes entregan y reciben cooperación.

Sobre la base de esa multiplicidad de iniciativas de corte internacional, los derechos humanos se constituyen en el eje articulador entre la gestión de la política pública y la sociedad, ya que el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos plantea la legitimidad de las iniciativas de desarrollo y de políticas públicas desde los gobiernos hacia la sociedad y viceversa. Siendo así, los derechos humanos pasan de ser una categoría conceptual y reivindicativa, para situarse en el centro de la gestión pública y adentrarse en todas las esferas sectoriales y macro.

## **2. Síntesis de la situación regional**

América Latina es la Región de contrastes, tanto entre países como a lo interno de ellos. La Comisión Económica para América Latina (CEPAL), en sus previsiones de crecimiento para el 2013 y sobre la base de los datos del 2012, plantea que Colombia (4,5% de crecimiento anual del PIB) es el octavo país en dinamismo económico en la Región, siendo Panamá, Perú y Chile los tres primeros, en tanto El Salvador se ubica dentro de los que registra menor dinamismo. Aunque los datos varían de un informe a otro por la debilidad de los sistemas de información en la Región, cualquiera que sea la fuente consultada es claro que las velocidades con las cuales las economías marcan su dinamismo varían considerablemente.

Además de la variabilidad en el crecimiento, es importante destacar que en términos de derechos humanos, la pobreza es uno de los temas de mayor trascendencia en la Región. El último informe *Panorama*

*Social de América Latina 2012* de la CEPAL<sup>1</sup> argumenta que desde 1980 (más de tres décadas) la pobreza se ha reducido en 11,7%, pero el número de pobres se ha incrementado en 60,1 millones de personas. Pareciera que los esfuerzos por mantener sanas las economías no han devenido en mejores resultados en términos de las condiciones de vida, y por ende el cumplimiento de los ODM se transforman en un reto importante. Posiblemente el dato más alarmante de la publicación es aquel relativo a la indigencia, pues en términos porcentuales la reducción desde 1980 es de apenas 7,2%, y el número de personas en estas condiciones pasó de 62 millones en el año 1980 a 66 millones en el año 2012. La reflexión que cabe realizar para los que dedican su quehacer a estudiar o trabajar en el tema de derechos humanos es, ¿cuánto esfuerzo se ha realizado para garantizar una vida digna a las personas? La pregunta vale ya que al hacer una lectura de los derechos humanos desde la perspectiva de la pobreza, se abren nuevas ventanas analíticas al tradicional enfoque centrado solamente en abusos de poder o fuerza, y esta nueva perspectiva cuestiona, de una manera demostrada por las cifras, que los esfuerzos en garantizar un pleno goce de los DESC no se ha logrado.

Es importante destacar que los datos agregados a nivel de América Latina reflejan que en los estratos pobres (es decir el quintil uno, o los primeros cuatro deciles) las personas ocupadas en alrededor de 60% son hombres y cerca del 45% tienen menos de 34 años. Sus niveles educativos indican que en el primer quintil, cerca del 40% tienen primaria incompleta y 45% secundaria incompleta, lo que refuerza la necesidad de enfatizar no solamente en un enfoque de derechos humanos en la educación, sino en el acceso a la educación como derecho humano. Cuando las cifras se refieren al segundo quintil, la primaria completa supera el 20%, en tanto la secundaria incompleta cubre cerca del 50% de la población en este estrato.

Para seguir ahondando en el problema, el mencionado informe pasa del tema de la pobreza a otro aspecto de gran trascendencia para los derechos humanos: la desigualdad. El primer análisis realizado indica que en Colombia los primeros cuatro deciles de ingreso (es decir, los más pobres) aglutinan alrededor del 15% del ingreso nacional, en tanto el decil más rico (es decir, el décimo) concentra el 35% del ingreso nacional. Este aspecto no es particularidad de Colombia, en

---

1 CEPAL, *Panorama social de América Latina 2012*. Santiago, Chile, 2013.

toda la Región la concentración del ingreso en el decil más rico oscila entre el 40% y 30% del ingreso nacional, siendo el 35% el promedio de los países analizados.

Aunque el informe no analiza la correlación existente entre la percepción de que la sociedad es injusta con el Coeficiente de Gini que mide la desigualdad, país por país, es interesante rescatar que los análisis no solamente evidencian una correlación directa y positiva entre la percepción y el Coeficiente de Gini, sino que demuestra que, a nivel regional, la distribución es normal y crece en la medida que el Coeficiente de Gini se acerca a 0,65. Profundizando sobre los aspectos relativos a las causas que pueden explicar la percepción de que la sociedad es injusta, la CEPAL también analiza la correlación entre dicha percepción y la confianza en las instituciones. Aquí resulta importante destacar que, además de que la correlación es positiva, la varianza de los datos es menor y por ende, se puede concluir que la percepción de la injusticia en las sociedades esta mayormente explicada por la desconfianza en las instituciones. Lo anterior es sumamente preocupante en cuanto al tema de los derechos humanos, pues no sólo se percibe que las sociedades son desiguales, sino también ineficientes en lo institucional e injustas socialmente.

Cuando el análisis evoluciona desde la pobreza y la desigualdad hacia el tema de ingresos, la situación en América Latina tiende a ser diversa. Para el caso de Colombia, la variación anual de los ingresos en los hogares pobres se debe en una tercera parte a las remuneraciones de las personas independientes, es decir, aquellos integrantes del hogar que trabajan por cuenta propia, de una u otra manera. Este dato contrasta por ejemplo, con Paraguay, Uruguay, Brasil y Argentina, donde la proporción mayor del crecimiento del ingreso deviene de transferencias desde los gobiernos o empleos.

Ahora bien, es importante destacar que el gasto social en América Latina en su conjunto, de acuerdo al mismo informe de CEPAL, se ha incrementado en 20 puntos porcentuales. La pregunta que cabe aquí es, ¿qué tan eficiente ha sido el gasto social cuando las personas pobres siguen accediendo a servicios y condiciones laborales pobres?

Aunque las y los especialistas han avanzado en desarrollar nuevas técnicas para medir la pobreza, y también para analizar la desigualdad, los datos a nivel regional y en el caso particular de Colombia, no indican que la situación sea alentadora en términos de

pobreza, desigualdad, acceso a servicios, ingresos y empleo. Pero lo que presiona más la necesidad de repensar los derechos humanos desde una perspectiva integral es que la percepción de que las sociedades son injustas es alta, y que la ciudadanía percibe que las instituciones acentúan la desigualdad. Cabe aquí preguntarse, ¿qué clase de instituciones se deben promover para tener el pleno goce de los derechos humanos? ¿Es el ejercicio de los derechos humanos una responsabilidad específica de las instituciones encargadas del tema?

### 3. La educación, entre dilemas y retos

La sección anterior profundizó de manera resumida la situación del crecimiento, desigualdad, inequidad y distribución del ingreso a nivel regional, mostrando que los estratos de menores ingresos no sólo presentan una eficiencia terminal baja en educación, sino que perpetúan la situación debido a que su inversión temprana al mundo laboral crea un círculo no virtuoso para lograr salir de la pobreza, y alcanzar una vida con garantía del pleno goce de los derechos humanos. En esta sección se desarrollará un breve análisis de la situación de la educación en América Latina y Colombia.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y CEPAL publicaron en el 2012 un informe titulado *Perspectivas económicas de América Latina, transformación del Estado para el desarrollo*<sup>2</sup>, el cual destaca que en América Latina el logro académico de primaria en el quintil I es de cerca de 25% para las mujeres y alrededor del 22% para los hombres. En el segundo quintil logran completar la primaria cerca del 45% de las jóvenes y el 35% de los varones. En estos dos quintiles, la eficiencia postsecundaria no alcanza el 5% en ninguno de los casos. Más allá de su importancia para la toma de decisiones, la gran lección que ofrecen estos datos es que la Región está haciendo muy poco para prepararse, en una era que no solamente ha sido declarada del conocimiento, sino que basa su accionar en la innovación.

De acuerdo a los datos del mismo informe, Colombia tiene una muy buena eficiencia terminal en primaria y secundaria; sin embargo, alcanza cerca del 40% de tasa de matrícula bruta en la educación terciaria. Por otra parte, los análisis desarrollados demuestran que en

---

2 OCDE/CEPAL, *Perspectivas económicas de América Latina 2012: transformación del Estado para el desarrollo*, OECD Publishing, 2011.

las pruebas de lectura, las y los alumnos en un 50%, alcanzan el nivel I y II en lectura; en matemáticas este indicador se incrementa a 70%; en ciencias, 55% alcanzan el nivel I y II. Lo anterior es el resultado de la aplicación de pruebas estandarizadas, pero deja en evidencia que es necesario profundizar en las áreas “duras” del conocimiento para que el desarrollo se transforme de un hito a una realidad. Sin conocimiento, las sociedades difícilmente evolucionarán, y sin inclusión, las naciones no podrán lograr un marco de desarrollo sostenible.

Cuando los análisis de la evolución en los sistemas educativos, el acceso a los mismos y el desempeño del alumnado se contrasta con la evolución del Índice de Competitividad, los resultados son esperados y lógicos. Si comparamos los siete primeros en dicho *ranking* con América Latina, únicamente nueve mejoran sus niveles de competitividad en general por el alza de los precios de los alimentos que dinamizan su sector externo; pero en el caso de Colombia, se mantiene estático.

El informe OCDE/CEPAL hace una reflexión de central importancia para el tema que nos ocupa: “El principal mensaje de este trabajo es que, para poder avanzar hacia sociedades más equitativas e incluyentes, no basta sólo con las políticas sociales de los últimos años. El Estado tiene además que fortalecer la calidad y efectividad de las políticas monetaria y fiscal, así como promover activamente la educación, la inversión en infraestructura e innovación y el desarrollo productivo”<sup>3</sup>. Ante esa reflexión y los datos presentados tanto en esta sección como la anterior, es esencial comenzar a replantear como eje central del trabajo la **educación de calidad con un alto componente en derechos humanos**, lo que pasa por preguntarse: ¿qué tipo de educación debe replantearse? ¿Cómo vincular adecuadamente los temas de desigualdad, pobreza e inequidad con el enfoque de derechos humanos en educación? Para ello es necesario acudir a la evolución del pensamiento económico y de manera apretada, introducir seis temas que han estado en el debate de las y los economistas, y que abordan la pobreza y la desigualdad con categorías diferentes.

En primer lugar, Douglas North<sup>4</sup> plantea que las instituciones son las normas y reglas de conducta que rigen las sociedades; pueden ser formales o no, pero finalmente tienen aceptación en las sociedades.

---

3 Ibidem.

4 North, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993.

Por primera vez el análisis económico introduce en su pensamiento temas tales como la corrupción, el irrespeto a los derechos humanos y la inequidad, como normas aceptadas por las sociedades.

En 1999, Caroline Ashley y Diana Carney<sup>5</sup> desarrollan lo que se denomina en español el **enfoque de medios de vida sostenibles**, donde realizan un cuestionamiento a los efectos poco apropiados que las políticas y las instituciones tienen sobre las condiciones de vulnerabilidad de las sociedades, y proponen la necesidad de desarrollar nuevas modalidades mediante incentivos adecuados, que puedan transformar los grandes potenciales que tiene las sociedades (ambiente, recursos naturales, capital social y humano, entre otros), en activos para promover el desarrollo.

En 2001, Joseph Stiglitz<sup>6</sup> introduce el concepto de acceso asimétrico a la información, que no solamente reafirma la noción de inequidad en términos de información, sino que profundiza en los temas que derivan de ese acceso no igualitario a la misma. En 2007, Jeffrey Sachs y William Easterly<sup>7</sup> protagonizan un trascendental debate sobre la pobreza y las formas de lograr su reducción; ambos pensadores logran articular sus propuestas de manera tal que hacen converger la necesidad de reducir la pobreza, y cada uno explora una vía diferente para lograrlo. Sachs enfatiza la necesidad de lograr la reducción de la pobreza vía programas de cooperación y agendas internacionales. Easterly hace un análisis importante de la efectividad de la ayuda oficial al desarrollo y enfatiza la necesidad de focalizar las acciones en los ámbitos en los cuales es posible detonar el desarrollo.

Paul Krugman<sup>8</sup> hizo un planteamiento significativo sobre la necesidad de focalizar las actividades económicas, dando respaldo a las posiciones regionales sobre el desarrollo territorial como camino para articular el crecimiento y el desarrollo. Finalmente, los temas de gobernanza y articulación de las decisiones se muestran como un

---

5 Ashley, Caroline, y Diana Carney, *Sustainable Livelihoods: Lessons from Early Experiences*. Department for International Development, Reino Unido, 1999.

6 Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización*. Taurus, México D.F., 2002.

7 Ver, Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza*. Editorial Sudamericana, Barcelona, España, 2007; Easterly, William, *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*. Oxford University Press, Reino Unido, 2006.

8 Premio Nobel de Economía, 2008.

eje importante del desarrollo por la primera mujer Premio Nobel de Economía, Elinor Ostrom.

Mientras las y los economistas a nivel mundial pasaban del estudio del concepto de las instituciones hasta aquel de la gobernanza, América Latina implementó un modelo de ajuste estructural, luego ingresó en un amplio proceso de apertura y desregulación, para entrar en el periodo de las crisis (económicas, ambientales, de precios y otras).

Los dilemas y retos de la educación se transforman en un marco sustancial de análisis para el presente curso. Por un lado, se trata de una Región desigual, poco inclusiva, que tiene características diferentes entre países, y que presenta percepciones que enfatizan que la injusticia se explica por la desigualdad y la ineficiencia de las instituciones. Por otro lado, la educación no presenta logros significativos, siendo un reto no sólo incluir los derechos humanos en el currículo de estudios, sino cómo hacer que la educación sea un modelo de ejercicio pleno de derechos humanos donde no prevalezcan los servicios educativos pobres para los pobres.

En ese contexto, las y los economistas han evolucionado en su pensamiento (principalmente neoinstitucional) desarrollando un conjunto de categorías que permiten plantear que es factible que al diseñar nuevas iniciativas centradas en la educación como nodo del desarrollo, se logre avanzar hacia una sistematización y monitoreo de impacto que permita reflexionar sobre el proceso, rescatar las buenas prácticas y lecciones aprendidas, para nuevamente alimentar con dicho pensamiento el nuevo diseño de iniciativas. Este círculo virtuoso de aprendizaje para el “mejor hacer” es lo que se ha desarrollado en la experiencia que se presenta en el numeral a seguir.

#### **4. La educación media rural como nodo del desarrollo territorial**

La educación media rural se constituye en uno de los retos más grandes para América Latina, principalmente por la dispersión de la población rural y debido a que el costo de instalar una instancia de enseñanza media en cada municipio o aldea resulta económicamente inviable y gubernamentalmente insostenible. Bajo ese enfoque, la Fundación Ingeniero Agrónomo Juan Jose Castelló Zambrano inicia un proceso de reflexión con sus socios y socias a fin de determinar

el modelo más idóneo y pertinente para impulsar una iniciativa de desarrollo territorial que incluyera, además de la creación la Unidad Educativa del Milenio Técnico Experimental Juan José Castelló Zambrano en coordinación con el Ministerio de Educación del Ecuador, un conjunto de acciones y programas que permitieran a las y los habitantes de la zona optar por mejores condiciones de producción y desarrollo.

Desde 2007 hasta esta fecha, han sido innumerables los avances en términos de infraestructura, proyectos, iniciativas culturales, actividades de coordinación con diversos actores, en fin, esta forma de dar vida a un proceso de desarrollo es muy significativa para entender cómo lograr el desarrollo territorial de manera pertinente. Sin embargo, una experiencia toma mayor importancia para este trabajo y está asociada al derecho a la salud. Mediante un proceso de consulta al estudiantado, se hizo una priorización preguntando, ¿cuál sería el aspecto que mejoraría las condiciones de sus comunidades con el aporte de las y los estudiantes? Después de varias discusiones, argumentaron el tema de que los cerdos andaban libres en las comunidades, y esto afectaba negativamente la salud humana. El proyecto se diseñó desde todas las áreas del conocimiento recibiendo el nombre “Agarra tu chanco”. Las y los docentes y alumnos, en los diversos niveles y las diferentes áreas, fueron creando aportes al proyecto, desde el cálculo de los espacios para encerrar los cerdos, hasta los afiches y tareas de fin de semana para concientizar a la población. El proyecto finalizó con una “Casa abierta”, que no es más que la apertura del centro educativo a la comunidad para que conocieran los resultados alcanzados. Para sorpresa de muchos, “Agarra tu chanco” fue más que un proyecto sin fondos, un proyecto de impacto y los integrantes de las comunidades iban comentando la forma en que los jóvenes habían logrado avanzar para que los pobladores se concientizaran y tomaran acciones al respecto.

Evidentemente, la experiencia pudo haber logrado que las y los jóvenes memorizaran que la salud es un derecho humano, pero es clave aquí mencionar que “Agarra tu chanco” logró mayor impacto en aprendizaje significativo que cualquier material impreso que destaque la salud como derecho humano. Tal vez la idea de llevar el tema a la praxis pasa por ser creativo.

## 5. A manera de conclusión

En este texto se desarrolla un abordaje centrado en la importancia de la educación en derechos humanos, a partir de la consideración de que no es factible seguir pensando en brindar servicios pobres para los pobres. Así, el enfoque de educación en derechos humanos tiene un componente curricular importante, pero trasciende a un espacio de políticas públicas donde el tema de derechos humanos pasa en primer lugar por garantizar una educación de calidad.

Según se indicó arriba, y para concluir, en esta sección se presentan cuatro aspectos centrales relativos a la educación en derechos humanos. El primero es la conexión entre los temas de derechos humanos con las políticas públicas y la praxis en los territorios. El segundo es resumir el planteamiento de qué tipo de educación demandan las y los jóvenes, especialmente los que se mencionan en la tercera sección de este texto, que se caracterizan por tener eficiencia terminal limitada y pocas opciones para alcanzar el nivel post secundario. El tercero está referido a la necesidad de lograr aplicar al tema de derechos humanos, un enfoque pragmático de medios de vida sostenibles. Finalmente, se hace un resumen de la forma en que el tema podría trascender a un círculo de aprendizaje significativo.

### a. Una visión integral del tema

Se ha intentado demostrar que el tema de derechos humanos tiene una articulación directa con un enfoque de “bien ser”, que evidencia la necesidad de que la ciudadanía pueda tener a lo largo de su vida un pleno goce de sus derechos humanos. Para ello es indispensable que las políticas anticipen procesos y logren focalizar en los segmentos que requieren ser atendidos de manera prioritaria, para garantizar que se avanza hacia mejores condiciones y no se perpetúa su condición mediante las políticas públicas de corte asistencialista. En ese sentido, el enfoque de derechos humanos debe apuntar a lograr el desarrollo inclusivo, no solamente haciendo masivos los contenidos, sino garantizando que se avanza en una praxis innovadora y de aprendizaje. Paralelamente, el desarrollo atomizado debe desaparecer, con el fin de que el enfoque territorial pueda darle a la educación un planteamiento coherente con los derechos humanos y el desarrollo.

## **b. La perspectiva de la juventud**

Los datos evidencian los logros insuficientes en educación, así como también que se anticipa que en esta era del conocimiento y la innovación, las brechas serán mayores de continuar haciéndose más de lo mismo. En ese sentido, las personas decisoras de política deben atender las demandas de las y los jóvenes desde su óptica, y conciliar las políticas para lograr transformar el aprendizaje en uno para la vida, el trabajo y el emprendedurismo. Uno de los temas clave para que las personas jóvenes logren asimilar y practicar los derechos humanos es contar con un entorno “amigable”, que supone que a nivel de la familia (jóvenes sumados a las y los adultos cercanos) se provea apoyo material y afectivo, que el nivel comunitario desarrolle espacios mínimos para aprender, para participar, para divertirse, para trabajar. A nivel de la sociedad, las instituciones y políticas públicas deben facilitar el desarrollo de oportunidades para las nuevas generaciones y brindar condiciones donde se respeten los derechos humanos. Por ello, el énfasis territorial planteado en la conclusión anterior es indispensable; las y los jóvenes no están desarticulados de sus entornos y por tanto, la intervención articulada de las políticas públicas y la creatividad del personal docente y los centros educativos pueden contribuir a crear nuevas condiciones, donde los derechos humanos sean percibidos como parte del diario vivir y no como una lección para repetir delante del profesor.

## **c. Medios de vida sostenibles**

Un enfoque operativo de los medios de vida sostenibles puede ofrecer oportunidades importantes a la forma de cimentar los derechos humanos en el quehacer social de un territorio; en su planteamiento se habla de “incentivos apropiados”. Este trabajo brinda un ejemplo de cómo lograrlo por medio del involucramiento del estudiantado en el diseño de un proyecto que permite profundizar el aprendizaje significativo de la salud como derecho humano aplicado a su contexto. Existen muchas otras formas de llevar este enfoque a la educación, pero ello pasa por promover creatividad e innovación en los contenidos y en la forma de enseñar y aprender.

#### d. El círculo de aprendizaje de la educación en derechos humanos

Ningún decisor de políticas públicas puede negar la importancia y trascendencia de la educación en derechos humanos. Sin embargo, a esto hay que agregar tres contenidos como ideas guías: en primer lugar, que es necesario lograr el adecuado encadenamiento entre los niveles educativos en los territorios a fin de garantizar que se eleve la eficiencia en cada uno de ellos; en segundo lugar, la educación debe brindar habilidades, destrezas y conocimientos que mejoren las condiciones de vida y de acceso al mundo laboral o de la empresa; como tercer elemento, la comunidad educativa es más amplia que el profesorado y el estudiantado, y en cada territorio tendrá particularidades.

Los arreglos organizacionales para poder articular los eslabones educativos en el territorio pueden denominarse circuitos, distritos escolares o redes de educación; el problema no es que nombre que se les da, sino que operen como sistema y brinden a los derechos humanos un enfoque central. Las herramientas pueden ser diversas e incluyen proyectos territoriales planteados por las y los estudiantes, programas estatales adaptados a las características del territorio, materiales para educación en derechos humanos, cine foros, concursos y otros. Lo principal es que la forma de articular las iniciativas pueda hacer que el tema de los derechos humanos trascienda su discurso y se transforme en prácticas educativas.

Peter Senge<sup>9</sup> denomina a lo que se ha descrito en los párrafos anteriores como **triángulo de dominio de la acción**. El aporte adicional que hace este autor es que agrega el llamado **círculo de dominio de la cultura**, que considera las actitudes y creencias vigentes en cada territorio antes de plantear cualquier iniciativa. Por otro lado, promueve un sentido de pertenencia al territorio mediante un proceso de construcción de la ciudadanía. Finalmente, realiza en este ámbito un proceso de gestión sobre el análisis que hacen los actores sobre el tema de los derechos humanos.

Cuando el triángulo de dominio de la acción funciona y se conecta adecuadamente con el círculo de dominio de la cultura, se produce el **ciclo de aprendizaje**, que es lo que sucedió en el proyecto “Agarra tu chanco” en Ecuador, donde los actores de la comunidad educativa,

---

9 Senge, Peter, *Escuelas que aprenden*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia, 2006.

el impulso de la Fundación Ingeniero Agrónomo Juan José Castelló Zambrano y la creatividad de estudiantes y docentes, hizo realidad la comprensión del derecho a la salud en el marco de ese territorio en particular.

### **Una nota final**

Este trabajo evidencia que historia, realidad y práctica de derechos humanos se deben integrar en un marco de acción educativa integral. Los análisis presentados son una compilación que lleva varios años de trabajo de manera coordinada con el Instituto Interamericano en Derechos Humanos, con el fin de hacer un estudio de los derechos humanos desde la perspectiva de la pobreza. A dicho término se ha agregado desigualdad, inclusión, equidad y otros, que han permitido año con año avanzar en un planteamiento cada vez más integral. Sin lugar a dudas, es importante continuar ahondando en este enfoque, y se debe recordar que la vigencia del pensamiento de Gibrán Jalil Gibrán nos impulsa a continuar en la defensa de los derechos humanos y la educación en derechos humanos. Tal como él lo planteó, “Un conocimiento limitado que actúa vale infinitamente más que un gran saber perezoso.”

### **Otras referencias**

Ashley, Caroline, y S. Maxwell, *Rethinking rural development. Development policy review*. Blackwell Publishing, Londres, 2001.

Atria, R., y M. Siles, *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y El Caribe: en busca de un nuevo paradigma*. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2003.

Department of International Development, *Hojas orientativas sobre los medios de vida sostenibles*. Londres, Reino Unido, 1999.

Falck, Mayra, y H. Noé Pino, *Desarrollo rural y manejo de cuencas desde una perspectiva de medios de vida*. Editorial Guaymurás, Tegucigalpa, Honduras, 2003.

Flores, M., y F. Rello, *Capital social rural: experiencias de México y Centroamérica*. CEPAL, Plaza y Valdez, México. 2002.

- 
- Gynspan, Rebeca, *Introducción a las políticas de superación de la pobreza*. Centro para el desarrollo agropecuario y forestal (CEDAF), INGRAFICA, Santo Domingo, República Dominicana, 2008.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: marco conceptual*. ONU, Ginebra, Suiza, 2004.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Democracia/Estado/Ciudadanía: hacia un Estado de y para la democracia en América Latina*. FIMART S.A.C., Lima, Perú, 2008.

# **Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos**

*Julieta Morales Sánchez\**

## **1. El Sistema Interamericano a examen**

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) es una creación conjunta, es decir, un producto de múltiples esfuerzos nacionales. Los Estados americanos, en ejercicio de su soberanía, han construido un sistema regional que, complementaria y subsidiariamente, reivindica la defensa de los derechos humanos en el Continente.

A pesar de ello, la interacción entre el sistema regional y los nacionales no es fácil. Actualmente tenemos diversos retos: “nacionalizar” el derecho internacional de los derechos humanos, ejercer adecuada y eficientemente el control de convencionalidad y, sobre todo, hacer que en América todas las personas cuenten con un catálogo uniforme de derechos que puedan gozar y ejercer plenamente, independientemente de su nacionalidad.

El Plan Estratégico 2011-2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> (CIDH) recuerda el rol que esta institución

---

\* Investigadora del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra y Doctora en Derecho con mención honorífica por esta misma Facultad. Cuenta con el Certificado de Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y con el título de Especialista en Derechos Humanos por esta misma Universidad. Socia fundadora del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Investigadora Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

1 Ver en: <http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP26757S-2.pdf>, disponible a 14 de octubre de 2013.

ha tenido frente a gobiernos autoritarios, en las transiciones a la democracia y en la consolidación de la misma. A través de sus recomendaciones relativas a situaciones estructurales, ha desarrollado un rol preventivo esencial para evitar que se produzcan violaciones a los derechos humanos. Así, tiene efectos en el plano estructural, mejorando la arquitectura legal e introduciendo políticas públicas que contribuyen a la construcción de un Estado democrático de Derecho, en el cual todas las personas puedan vivir con dignidad.

También se reconoce que “el SIDH ha fortalecido de manera progresiva la vigencia de los derechos humanos en las Américas. Sin embargo, no obstante los resultados alcanzados, el SIDH continúa enfrentando desafíos que debe resolver en el corto plazo”. Los desafíos del SIDH, según este Plan, son:

- **La universalidad del sistema.** En la región existe, actualmente, un sistema con tres niveles de adhesión, o tres subsistemas:
  - El primero es universal y mínimo para todos los Estados parte cuyos habitantes gozan de la protección de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos, bajo la supervisión de la CIDH.
  - El segundo se integra por los Estados parte que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero no han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
  - El tercero, por aquellos que han ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

Esta división del SIDH coloca a millones de personas en una situación de desventaja en cuanto al grado de protección internacional de sus derechos.

- **El acceso a la justicia de las víctimas.** El acceso de las víctimas a un recurso subsidiario efectivo y eficaz no es el ideal. Es

esencial fortalecer el SIDH para lograr que todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos que no encuentran soluciones en el ordenamiento interno, puedan acudir subsidiariamente a la CIDH y, posteriormente, a la Corte IDH, para lograr una adecuada reparación de sus derechos.

- **Eficacia del sistema.** Un tercer desafío está relacionado con la eficacia del sistema como mecanismo de protección supranacional de derechos humanos, para lo cual se requiere como condición necesaria, que los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cumplan de manera plena y efectiva con las decisiones de la Corte IDH y la CIDH.
- **La eficiencia del sistema: recursos disponibles.** La eficiencia del SIDH está directamente vinculada con la disponibilidad de recursos financieros adecuados para poder operar en función de las demandas de sus usuarios.

El 18 de marzo de 2013, la CIDH aprobó la Resolución 1/13 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas. A partir de ella se reforman los artículos 25, 28, 29, 30, 36, 37, 42, 44, 46, 59, 72, 76 y 79 de su Reglamento.

Ese mismo mes, la Asamblea General Extraordinaria de la OEA aprobó la resolución que culmina el proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del SIDH. La AG/RES. 1 (XLIV-E/13), Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resolvió, entre otras cosas:

2. Resaltar que, en el espíritu del mejoramiento constante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y con la participación de todas las partes involucradas, mandar al Consejo Permanente continuar el diálogo sobre los aspectos fundamentales para el fortalecimiento del SIDH, teniendo en cuenta todos los aportes realizados por los Estados Miembros, los órganos del SIDH

y la sociedad civil a lo largo del proceso de reflexión, así como los debates durante el presente período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

7. Proponer a la CIDH que, en función del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, fortalezca todas sus relatorías [...] sobre la base de un financiamiento adecuado y sin perjuicio de sus otras responsabilidades.

8. Instar a los Estados Miembros de la OEA a que ratifiquen o adhieran, cuando proceda, todos los instrumentos jurídicos interamericanos sobre derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a que acepten, según corresponda, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación nos centraremos en el derecho interamericano de derechos humanos que, para efectos de este trabajo, se entenderá como el conjunto normativo que se integra por la CADH y la interpretación que de ella ha hecho la Corte IDH. El derecho interamericano de derechos humanos tiene como objetivo dotar de certeza jurídica a la protección de los derechos humanos en América. En ese marco, se analizarán los avances, los reparos y los rezagos, particularmente atendiendo a los casos de México y Colombia.

## **2. Cuestionamientos al derecho internacional de derechos humanos: los problemas de la recepción nacional**

A pesar de que pareciera que la relación entre derecho internacional y derecho interno está claramente definida y por tanto, la interacción es fácil y con fronteras limitadas, la realidad muestra lo contrario. El reconocimiento del derecho internacional generalmente se produce en los textos constitucionales pero, en algunas ocasiones, no se hace con la claridad deseada. Ante esta situación los órganos de justicia constitucional tienen que interpretar las disposiciones de la Ley Fundamental.

El contexto para que el derecho internacional de los derechos humanos se reconozca plenamente a nivel interno, como parte integrante del orden jurídico nacional – es decir, como lo que es – enfrenta diversos obstáculos, sobre todo los que la realidad impone al goce y ejercicio de los derechos: pobreza, desigualdad, inseguridad, injusticia, impunidad y corrupción. En la actualidad, y aunque se aprecia una apertura hacia la jurisprudencia de la Corte IDH, en América existen algunas “tensiones” entre el orden internacional y el nacional.

En el SIDH se han planteado casos de denuncia de la CADH y de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. El 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago comunicó al Secretario General de la OEA su decisión de denunciar la CADH, de conformidad con el artículo 78 de la misma<sup>2</sup>.

En junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia del Perú declaró inejecutable la sentencia de reparaciones de la Corte IDH en el caso *Loayza Tamayo*, de noviembre de 1988. A raíz de esta resolución y del caso *Castillo Petrucci y otros*, en julio de 1999, el Congreso peruano aprobó por 60 votos a favor, un proyecto impulsado por el expresidente Alberto Fujimori, mediante el cual se decide el retiro con efecto inmediato del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH (Resolución Legislativa 27152). En enero de 2000, el Congreso del Perú adoptó la Resolución Legislativa 27401, que pidió restablecer para Perú, a plenitud, la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Por otra parte, en Venezuela, con la Constitución de 1999, se impulsó un cambio fundamental en materia de derechos humanos<sup>3</sup>.

---

2 Ver: [http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad y Tobago](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad%20y%20Tobago), disponible a 14 de octubre de 2013.

3 A través de la consagración de diversas disposiciones, tales como la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos (artículo 23), la adopción de medidas de acción positiva (artículo 21), la existencia de derechos no enumerados (artículo 22), el amparo por el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales

Este país había amenazado con denunciar la CADH después de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró inejecutable una sentencia de la Corte IDH a favor de tres exjueces – el 18 de diciembre de 2008, Expediente No. 08-1572<sup>4</sup>.

Además, la Sala Constitucional venezolana solicitó al gobierno que denunciara la CADH al expresar que

[...] con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana, con el fallo objeto de la presente decisión.

Posteriormente, y a raíz de otro caso, el 10 de septiembre de 2012 el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela comunicó mediante nota oficial al Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, que denunciaba la CADH.

El Secretario General de la OEA lamentó la decisión y manifestó su esperanza de que en el año que debía transcurrir para que dicha decisión se hiciera efectiva, como lo establece el artículo 78<sup>5</sup>,

---

sobre derechos humanos (artículo 27), la investigación y sanción de los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades (artículo 29), la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables (artículo 30), entre otros.

4 El máximo tribunal venezolano expresó que “esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana, del 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa”. Ver: <http://www.scribd.com/doc/10450842/Sala-Constitucional>, disponible a 14 de octubre de 2013.

5 De acuerdo a la CADH, artículo 78, “1. Los Estados parte podrán denunciar esta Convención [...] mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las

el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela pudiera reconsiderar su decisión<sup>6</sup>. La denuncia se materializó en septiembre de 2013. El caso que desató la controversia fue el de *Díaz Peña*, cuya sentencia fue emitida por la Corte IDH el 26 de junio de 2012<sup>7</sup>.

Por otro lado, en diferentes latitudes hay apertura al SIDH. Así, la Constitución peruana, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Aunque cabe recordar que incluso cuando no existen disposiciones similares en otras constituciones, el sistema opera con el solo reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH que haya hecho el país en cuestión, como es claro.

En suma, el diálogo entre jurisdicciones en América, en términos generales, no ha sido ni es sencillo.

En la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales, celebrada el 8 y 9 de noviembre de 2012 en México, se afirmó que en los sistemas legales de nuestros países y en el marco de las competencias respectivas de nuestros tribunales, el desarrollo jurisprudencial de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tiende a reforzar y potenciar su protección. Así mismo, se recordó que la proliferación de criterios interpretativos exige de los tribunales constitucionales nacionales intensificar un diálogo jurisdiccional en torno a sus distintas experiencias, que permita armonizar el derecho nacional con el internacional.

---

obligaciones contenidas en esta Convención, en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

6 Ver: [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12), disponible a 14 de octubre de 2013.

7 La sentencia completa puede verse en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_244\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf), disponible a 14 de octubre de 2013.

### 3. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un ejercicio que verifica la compatibilidad de leyes, actos o sentencias de autoridades nacionales con los tratados internacionales. En este apartado se abordarán dos preguntas vinculadas a éste: ¿quién debe ejercerlo? y ¿sobre qué tipo de normas nacionales se debe ejercer? Procederemos sólo a vislumbrar una posible respuesta para cada una de las interrogantes.

#### a. ¿Quién debe ejercerlo?

En un primer momento, las sentencias en torno a control de convencionalidad de la Corte IDH establecían que éste era obligación del Poder Judicial, órganos del Poder Judicial, jueces o juzgador. Sin embargo, en sentencias de la etapa más reciente, se ha referido al control de convencionalidad como función de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, expresión que parece extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función. Este punto es relevante en virtud de que la Corte IDH ha reiterado la función del control de convencionalidad en sede interna al afirmar que

[...] solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención *en ejercicio efectivo del control de convencionalidad*, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte<sup>8</sup>.

En 2011, se sostuvo que en toda instancia democrática, “debe primar el control de convencionalidad, *que es función y tarea de cualquier*

---

<sup>8</sup> Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr.144.

*autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial”<sup>9</sup>. Posteriormente, en 2012, la Corte IDH reforzó la idea del Estado como principal garante de los derechos humanos, que ha “adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que *todas las autoridades y órganos de un Estado Parte* en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”<sup>10</sup>.

La Corte IDH ha empezado también a verificar el debido ejercicio del control de convencionalidad en sede interna. Así, ha determinado que

[...] no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional<sup>11</sup>.

En 2013, la Corte IDH amplió aún más la obligación a nivel nacional al incluir expresamente al Poder Ejecutivo en el caso *Mendoza y otros v. Argentina*.

En discurso pronunciado por el Presidente de la Corte IDH, Diego García Sayán, el 7 de octubre de 2013, se sostuvo que el concepto de control de convencionalidad “es un ingrediente muy importante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En más de veinte casos contenciosos, este Tribunal se ha pronunciado sobre distintos aspectos del Control de la Convencionalidad y tocado este tema en decisiones que atañen a más de la mitad de los Estados partes de la Convención Americana de los Derechos Humanos”. Por lo que resaltó que el control de la convencionalidad “le da un ingrediente

---

9 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239. Énfasis agregado.

10 *Ibidem*, párr. 142. Énfasis agregado.

11 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 177.

de derecho interamericano a las decisiones jurisdiccionales nacionales de enorme relevancia”<sup>12</sup>.

No obstante la aparente ampliación de autoridades responsables del ejercicio del control de convencionalidad, en ese mismo discurso del juez García Sayán se hizo un llamado a la cautela y se refrendó que no puede permitirse que cualquier autoridad decida no aplicar una norma porque así le parece:

Lo que la Corte Interamericana ha enfatizado, que es que ese ejercicio de control de la convencionalidad, está esencialmente dirigido a la función judicial y, en segundo lugar, a que se haga dentro del marco de las respectivas competencias de cada cual, regulaciones que corresponde establecer a las normas internas, a las normas constitucionales y legislativas de cada uno de los países.

Sin desconocer los riesgos que puede implicar un mal ejercicio del control de convencionalidad, circunscribirlo a las autoridades judiciales puede parecer inconsistente, sobre todo porque se aleja el sentido de la línea jurisprudencial de la misma Corte IDH y porque limita el objetivo del control.

A continuación se anexa un comparativo que refleja la evolución de criterios de la Corte IDH, vinculados primordialmente a México:

---

12 Ver en: <http://www.corteidh.or.cr/mexico/garcia.pdf>, disponible a 14 de octubre de 2013.

<p><b>Caso Radilla Pacheco (2009)</b></p> <p>339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.</p>	<p><b>Caso Fernández Ortega y otros (2010)</b></p> <p>236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Cfr. el mismo párrafo en <i>Caso Rosendo Cantú y otra v. México</i>, párr. 129).</p>	<p><b>Caso Cabrera García y Montiel Flores (2010)</b></p> <p>225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.</p>	<p><b>Caso Mendoza y otros (2013)</b></p> <p>221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.</p>
---	---	---	--

Ahora bien, si se sostiene que todas las autoridades deben ejercer el control de convencionalidad – es decir, verificar que una norma, acto de autoridad o sentencia no contravenga un tratado internacional – es claro que se tendrían que establecer los efectos de dicho control. Las opciones básicamente son dos: 1) no aplicación en el caso concreto, y 2) declaratoria general de inconstitucionalidad o no convencionalidad. Si se decidiera que el control de convencionalidad, en esta hipótesis, se ejercería por autoridades administrativas y no sólo jurisdiccionales, la opción más viable quizás podría ser la no aplicación en el caso concreto.

A raíz de la reforma constitucional de 2011<sup>13</sup>, según lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional y el expediente Varios 912/2010, en México todas las autoridades deben observar el principio *pro persona* y, en este ejercicio, valorar, comparar y sopesar dos o más normas o interpretaciones para finalmente elegir aquella que mejor proteja a la persona o al derecho humano en el caso concreto. Como consecuencia del ejercicio de este principio, las autoridades en cada caso concreto aplican la norma o la interpretación que mejor o más ampliamente protege el derecho y, por lo tanto, no aplican la norma o interpretación que era más desfavorable (o menos favorable) al derecho humano.

Aunque es claro que aquí existen matices, ya que el control de convencionalidad verifica la no contravención a los tratados internacionales y el principio *pro persona* permite la prevalencia del dispositivo normativo más benéfico, se podría llegar a considerar que en ambos casos el efecto es la no aplicación, en el control de convencionalidad, porque la norma no aplicada contraviene instrumentos internacionales; en el principio *pro persona* porque la norma no aplicada es más desfavorable al goce y ejercicio de los derechos humanos.

---

13 Para ahondar sobre los contenidos e implicaciones de esta relevante reforma *cfr.* García Ramírez, Sergio, y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, segunda ed. Porrúa, UNAM, México, 2012.

### **b. ¿Sobre qué tipo de normas nacionales se debe ejercer?**

Resulta pertinente preguntar si es posible plantear la no convencionalidad de un precepto constitucional. La discusión en torno a este tópico puede resolverse al recordar que en el caso *Radilla Pacheco v. México* se analizó la compatibilidad del artículo 13 constitucional con la CADH. Aunque en este caso concreto la Corte IDH, al ejercer el control de convencionalidad en sede internacional, señaló la compatibilidad entre ambos dispositivos, el resultado pudo ser distinto, o puede serlo en el futuro, por lo que podría existir una condena de la Corte IDH en el sentido de reformar la Constitución mexicana. Si el control de convencionalidad en sede externa es posible, el control de convencionalidad de la Constitución en sede interna también debería ser una opción factible que libre a México de una futura responsabilidad internacional.

Sin embargo, una de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la contradicción de tesis 293/2011, resuelta en septiembre de 2013, fue reivindicar la supremacía de la Constitución cuando ésta se encuentra en confrontación con los tratados internacionales, es decir, si los tratados internacionales y la Constitución se confrontan o contradicen, prevalecerá ésta. No obstante lo anterior, como se dijo, se debe recordar que la Corte IDH puede verificar la concordancia del texto constitucional con los tratados internacionales, por lo que en casos en los que la Constitución nacional contravenga tratados internacionales, la Corte IDH puede ordenar su modificación o reforma a fin de hacerla compatible con la normativa convencional. Así, la Corte IDH, cuando algún caso concreto llegue a su conocimiento, podría revertir la decisión de la Suprema Corte mexicana en la contradicción de tesis 293/2011.

## 4. Avances, reparos y rezagos

### a. Fuero militar

Es abundante la jurisprudencia interamericana sobre el fuero militar<sup>14</sup>. En los Estados democráticos la jurisdicción penal militar tiende a reducirse en tiempo de paz, e incluso a desaparecer. Por ello, si un Estado resuelve conservarla, su empleo debe ser mínimo, cuando resulte estrictamente necesario y siempre sujeto a los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno<sup>15</sup>. Ha de tener alcance restrictivo y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. El Tribunal supranacional ha señalado que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>16</sup>.

---

14 Los casos contenciosos atendidos y resueltos por la Corte IDH que se relacionan con el fuero militar (y, eventualmente, con otras cuestiones), son: *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997; *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998; *Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999; *Caso Cesti Hurtado v. Perú*, sentencia del 29 de septiembre de 1999; *Caso Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000; *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000; *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000; *Caso Las Palmeras v. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001; *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003; *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004; *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005; *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006; *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006; *Caso La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia*, sentencia del 11 de mayo de 2007; *Caso Escué Zapata v. Colombia*, sentencia del 4 de julio de 2007; *Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*, sentencia del 4 de julio de 2007; *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008; *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009; *Caso Radilla Pacheco v. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, sentencia 30 de agosto de 2010; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

15 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco*... párr. 272.

16 *Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros*... párr. 128; *Caso Durand y Ugarte*... párr. 117; *Caso Cantoral Benavides*... párr. 112; *Caso Las Palmeras*... párr. 51; *Caso*

La Corte IDH ha establecido que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, tomando en cuenta el carácter de estos hechos y el bien jurídico que lesionan<sup>17</sup>. A propósito de la violación de derechos humanos, se ha pronunciado en jurisprudencia constante<sup>18</sup> sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar. Dada la naturaleza del bien jurídico lesionado en tales hipótesis, dicha jurisdicción no es competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de aquellas violaciones; ese fuero sólo puede actuar con respecto a militares en activo y por la comisión de delitos o faltas que por su naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

El procesamiento de los responsables de violaciones a derechos humanos corresponde a la justicia ordinaria<sup>19</sup>. La intervención de la justicia ordinaria no depende de la gravedad de las violaciones cometidas, sino de la naturaleza de éstas y del bien jurídico que se pretende proteger a través de la ley penal y el correspondiente enjuiciamiento. Para observar la garantía del juez natural es irrelevante

---

*19 Comerciantes...* párr. 165; *Caso Lori Berenson Mejía...* párr. 142; *Caso de La Masacre de Mapiripán...* párr. 202; *Caso Palamara Iribarne...* párrs. 124 y 132; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...* párr. 189; *Caso Almonacid Arellano y otros...* párr. 131; *Caso La Cantuta...* párr. 142; *Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200; *Caso Escué Zapata...* párr. 105; *Caso Tiu Tojin...* párr. 118; *Caso Radilla Pacheco...* párr. 272; *Caso Fernández Ortega y otros...* párr. 176; y *Caso Rosendo Cantú y otra...* párr. 160, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 197.

17 *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200, y *Caso Escué Zapata...* párr. 105.

18 *Cfr. Caso Durand y Ugarte...* párrs. 116-117 y 125-126; *Caso Cantoral Benavides...* párrs. 112-114; *Caso Las Palmeras...* párrs. 51-53; *Caso 19 Comerciantes...* párrs. 165, 166, 167, 173 y 174; *Caso Lori Berenson Mejía...* párrs. 141-145; *Caso de la Masacre de Mapiripán...* párr. 202; *Caso Palamara Iribarne...* párrs. 139 y 143; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...* párrs. 189 y 193; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)...* párrs. 53-54 y 108; *Caso La Cantuta...* párr. 142; *Caso de la Masacre de La Rochela...* párr. 200; *Caso Escué Zapata...* párr. 105; *Caso Zambrano Vélez y otros...* párr. 66; *Caso Tiu Tojin...* párrs. 118-120; *Caso Usón Ramírez...* párrs. 108-110; *Caso Radilla Pacheco...* párrs. 272-273; *Caso Fernández Ortega y otros...* párr. 176; *Caso Rosendo Cantú y otra...* párr. 160; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párrs. 197-199.

19 *Cfr. Caso Durand y Ugarte...* párr. 118; *Caso La Cantuta...* párr. 142; y *Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200.

la fecha en que sucedieron los hechos violatorios; lo importante es la eficaz protección de la persona humana conforme al objeto y fin de la CADH<sup>20</sup>.

La asunción de competencia por parte de la justicia militar con respecto a un asunto que debe conocer la justicia ordinaria afecta el derecho al juez natural y, por lo mismo, vulnera el debido proceso<sup>21</sup>, íntimamente ligado al derecho de acceso a la justicia<sup>22</sup>. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial<sup>23</sup>. Por esto último, queda en entredicho la posición de los juzgadores castrenses sometidos a una línea de mando militar; igualmente, se cuestiona su condición de órganos imparciales cuando intervienen en el enjuiciamiento de quienes entran en contienda con la fuerza militar<sup>24</sup>.

La Corte IDH también ha establecido que la jurisdicción militar no se extiende a personas que fueron militares pero ya se han retirado de las fuerzas armadas<sup>25</sup>.

A pesar de la claridad con la que se ha regulado esta materia en el ámbito interamericano, existen todavía reparos y retrocesos.

La CIDH calificó como un “grave retroceso” en materia de derechos humanos la reforma constitucional por la cual se modifican los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia y

---

20 *Cfr. Caso 19 Comerciantes...* párr. 173; *Caso de la Masacre de La Rochela...* párr. 200; y *Caso Vélez Restrepo y Familiares*, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 244.

21 La Corte ha indicado, en múltiples ocasiones, que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. *Cfr. inter alia, Caso Castillo Petruzzi y otros...* párr. 128; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 197.

22 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros...* párr. 128; *Caso Palamara Iribarne...* párr. 143, y *Caso Tiu Tojin...* párr. 118.

23 *Cfr. Caso Ivcher Bronstein...* párr. 112; *Caso 19 Comerciantes...* párr. 167; *Caso Escué Zapata...* párr. 101; y *Caso Radilla Pacheco...* párr. 273.

24 *Cfr. Caso Cantoral Benavides...* párr. 114; *Caso Lori Berenson...* párr. 145; y *Caso Las Palmeras...* párr. 53.

25 *Caso Cesti Hurtado...* párrs. 144-151.

se amplía significativamente el alcance de la jurisdicción penal militar, ya que, aunque la reforma excluye del fuero militar a crímenes de lesa humanidad, el genocidio y una serie de graves violaciones a los derechos humanos (la reforma hace referencia a desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado), otras graves violaciones a los derechos humanos serían conocidas por la jurisdicción militar, por ejemplo, crímenes de guerra y detenciones arbitrarias<sup>26</sup>. La Corte Constitucional colombiana se pronunciará en torno a la constitucionalidad de esta reforma.

Por otro lado, se encuentra el caso de México. La Corte IDH ha emitido cuatro sentencias en contra de los Estados Unidos Mexicanos instruyendo la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar: casos Radilla Pacheco, Inés Fernández, Valentina Rosendo y Cabrera García y Montiel Flores. A pesar de ello, la reforma no se ha producido. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia mexicana, en seguimiento al criterio de la Corte IDH, en el expediente Varios 912/2010 de julio de 2011, sostuvo: “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”<sup>27</sup>. En los meses de agosto y septiembre de 2012, la Suprema Corte de Justicia conoció trece casos vinculados al fuero militar, turnados al más alto tribunal en virtud de la instrucción contenida en el Expediente *Varios 912/2010*. Los asuntos ventilados en tal virtud por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia fueron: amparos en revisión 133/2012, 134/2012, 770/2011, 60/2012, 61/2012, 62/2012, 63/2012, 217/2012, 252/2012, 224/2012, conflictos competenciales 38/2012 y 60/2012 y amparo directo 15/2012. En todos se ellos se sostuvo que frente a violaciones de derechos humanos nunca puede operar el fuero militar.

### **b. Fecundación *in vitro***

Uno de los temas recientes en la jurisprudencia interamericana es el empleo de medios tecnológicos para asegurar o facilitar la formación

---

26 Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/004.asp>, disponible a 14 de octubre de 2013.

27 Expediente *Varios 912/2010* (engrose), párr. 44.

de una familia, cuando no es posible conseguirlo sin el auxilio de la ciencia. Es el caso de la fecundación *in vitro* (FIV), que la Corte IDH abordó en sentencia reciente, con relación a ciertas decisiones legales y judiciales del Estado de Costa Rica<sup>28</sup>. Al examinar esta materia, el Tribunal reiteró el amplio alcance de la noción de libertad contenida en el artículo 7 de la CADH: “derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”. Igualmente, se refirió al respeto a la vida privada, que abarca la autonomía personal, y reconoció que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada”. En el caso referido concurren diferentes aspectos de la vida privada, relacionados con el derecho a fundar una familia, preservar la integridad física y mental y amparar los derechos reproductivos del individuo. Existe una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica<sup>29</sup>.

El dispositivo normativo analizado por la Corte IDH fue el artículo 4, derecho a la vida, de la CADH

1. 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.

En el examen de este tema, la Corte IDH incluyó las diferentes lecturas del término “concepción” y la controversia acerca del momento en que inicia la vida humana, acerca del cual no existe una definición pacífica o unánime. Consideró que la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer cierra el ciclo que permite entender que se ha producido la concepción, palabra utilizada por el artículo 4 de la CADH a propósito de la tutela de la vida<sup>30</sup>, por lo que antes de que el embrión se implante en el útero no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la CADH.

---

28 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) v. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

29 *Ibidem*, párrs. 142-144 y 147.

30 *Ibidem*, párrs. 185-187.

Al amparo de una interpretación histórica y sistemática de este ordenamiento, no resulta procedente otorgar al embrión el estatus de persona<sup>31</sup>. Así se refirió al principio de protección gradual e incremental – y no absoluta – de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión, como se dijo, no puede ser entendido como persona. En todo caso, los Estados disponen – como lo acredita el derecho comparado – de un margen de apreciación para definir el inicio de la vida y, por lo tanto, de la protección vinculada con aquél.

La Corte IDH se detuvo en el estudio de la palabra “en general”, que emplea el artículo 4.1 de la CADH a propósito de la concepción y la protección de la vida, y estima que el objeto y fin de esta cláusula es “permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”. En este caso, “dicho objeto y fin implica que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”<sup>32</sup>. La Corte concluye que “la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar”<sup>33</sup>. Estos derechos se verían anulados si la ponderación sobre las limitaciones admisibles y la importancia de la protección del embrión llevara a negar el acceso a la FIV de quienes sólo por este medio pudieran resolver su infertilidad<sup>34</sup>.

En esta materia, y al pronunciarse la Corte IDH sobre la “concepción”, es conveniente hacer referencia al caso del Distrito Federal en México. En 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Penal para el Distrito Federal que establece una nueva definición de aborto y despenaliza la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, antes de que se cumplan las primeras doce semanas de gestación. El tipo penal de aborto en el Distrito Federal reformado quedó en los siguientes términos:

---

31 *Ibidem*, párrs. 223 y 264.

32 *Ibidem*, párrs. 263 y 272.

33 *Ibidem*, párr. 272.

34 *Ibidem*, párr. 314.

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la *décima segunda semana de gestación*. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la *implantación del embrión en el endometrio*.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, *después de las doce semanas de embarazo* (énfasis agregado).

En la Ley General de Salud del Distrito Federal, se dispuso:

Artículo 16 Bis 6. Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, *gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo* en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar *información oportuna y veraz* de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.

Artículo 16 Bis 7. Los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo en los casos permitidos por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal interrupción, podrán ser *objetores de conciencia* [...] Será obligación de las instituciones públicas de salud garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal no objetor de conciencia en la materia.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación demandas de acción de inconstitucionalidad en contra de estas reformas. En la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró:

- La CADH introduce un dato de relatividad que no existe en otros extremos: “en general”. De aquí se desprende la posibilidad de que la protección a la vida, derecho fundamental, pueda comenzar en otro momento si así lo resuelve el legislador interno.
- Del surgimiento histórico de la CADH observamos que la expresión “en general” tenía como destino específico permitir que los Estados en los cuales se hubiere ya previsto la realización de abortos o en los Estados que posteriormente aceptaran esta legislación, no se diera una condición de violación a las obligaciones que iban a adquirir con la firma y ratificación de dicho tratado.
- México se adhirió a la CADH en 1981 e hizo la siguiente Declaración Interpretativa:

a) Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

También sostuvo la Suprema Corte que cualquier declaración de inconstitucionalidad de su parte equivaldría a una decisión re-penalizadora, la cual sólo podría darse por parte del legislador democrático.

Con una mayoría de ocho votos a favor y tres ministros en contra, se determinó que las reformas realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal eran constitucionales, por lo que actualmente la interrupción legal del embarazo (ILE) continúa vigente en el Distrito Federal.

### **c. Orientación sexual**

El tema se examina sobre la base del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, integrados en el *jus cogens*, como ha afirmado la Corte IDH en diversas oportunidades. Los Estados deben abstenerse

de realizar acciones dirigidas a crear supuestos de discriminación y han de combatir las situaciones discriminatorias existentes en el ámbito de su jurisdicción. La definición de discriminación considera diversos extremos, entre ellos la denominada “otra condición social”, que viene al caso para la reflexión sobre el tema que ahora interesa. Considerando estos supuestos, el Estado debe elegir la alternativa más favorable para la tutela de los derechos<sup>35</sup>.

En concepto de la Corte IDH, “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas” por la CADH<sup>36</sup>. La orientación sexual de una persona “se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”<sup>37</sup>, y no viene a cuentas a la hora de “analizar aspectos relacionados con su buena o mala paternidad o maternidad”<sup>38</sup>.

También examinó el Tribunal interamericano el concepto de familia, materia de protección. Sostuvo que la CADH no determina un concepto cerrado de familia, ni protege solamente un modelo “tradicional”; en el mismo sentido se han pronunciado otros órganos internacionales<sup>39</sup>.

En la especie, vino al caso analizar el interés superior del niño llamado a vivir en el seno de una unión integrada por personas del mismo sexo, pero este interés debe ser examinado casuísticamente, a la luz de circunstancias concretas de la vida familiar, y no de preconcepciones a propósito de características de las personas homosexuales y el impacto que éstas pueden tener sobre los menores

---

35 Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 79-85.

36 *Ibidem*, párr. 91.

37 *Ibidem*, párr. 136. En este extremo se alude al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de México en la Acción de Inconstitucionalidad A.I., 2/2010, párrs. 263-264.

38 *Ibidem*, párr. 167.

39 *Ibidem*, párrs. 142, 172, 173-175.

de edad que conviven con ellos<sup>40</sup>. Sobre esta ponderación específica la Corte IDH invocó pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de México<sup>41</sup> en torno a la constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal. Ciertamente es relevante el parecer del menor de edad, que debe examinarse en función de la edad y madurez del niño, independientemente de las consideraciones subjetivas de quienes intervienen en la recepción y el estudio de ese parecer<sup>42</sup>.

La Corte IDH consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto, hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.

En este rubro se debe mencionar que en Colombia, en la sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional dio un plazo de dos años para legislar el reconocimiento jurídico de las uniones del mismo sexo con exactamente los mismos derechos. “Si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia”. El exhorto al Congreso tiene la finalidad de eliminar el déficit de protección, sostuvo la Corte colombiana. El plazo se cumplió y la ley no se emitió; esto ha traído consigo una serie de complicaciones por la celebración, impugnación y anulaciones de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, en México se produjo la reforma legislativa al Código Civil del Distrito Federal. En su artículo 146 se expresa: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la

---

40 Ibidem, párrs. 110, 121, 127 y 165.

41 Ibidem, párr. 126. La alusión corresponde a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párr. 338.

42 Ibidem, párrs. 199-200 y 237.

comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Al realizar esta modificación en automático también se reconoció la posibilidad de adoptar para parejas del mismo sexo, ya que el artículo 391 – que no tuvo que modificarse – disponía, “los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”. En contra de esta reforma se interpuso la acción de inconstitucionalidad 2/2010. La Suprema Corte de Justicia de la Nación validó la constitucionalidad de la reforma que, en el Distrito Federal, permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

#### d. Género

La Corte IDH se ha pronunciado en 2009 sobre la perspectiva género. Así, señaló que el estereotipo de género se refiere a “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”. Así, “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas” que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan. Por lo que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>43</sup>.

Reiterando la importancia de la capacitación con perspectiva de género, la Corte IDH precisó que ésta

[...] implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos<sup>44</sup>.

---

43 Corte IDH, *Caso González y otras (“Caso Campo Algodonero”) v. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

44 *Ibidem*, párr. 540.

### **e. Derechos de migrantes indocumentados o irregulares**

En materia de derechos de las personas migrantes existen diversos casos y pronunciamientos de la Corte IDH: las opiniones consultivas OC-16/99 y OC-18/03, el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, el caso *Vélez Loor v. Panamá* y el caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*<sup>45</sup>. De acuerdo éstos, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él a las personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH. No obstante, aún se producen violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes en el Continente americano.

Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, en todas las políticas, decisiones y acciones que adopten deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. En este sentido, en octubre de 2013 la CIDH expresó su profunda preocupación ante la sentencia TC/0168, dictada el 23 de septiembre de 2013 por el Tribunal Constitucional de República Dominicana:

Esta sentencia modifica retroactivamente la normativa vigente en el país desde 1929 hasta 2010, lo cual despojaría de la nacionalidad dominicana a decenas de miles de personas nacidas en República Dominicana. En un gran número de casos, estas personas podrían quedar en situación de apatridia, lo cual es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, esta sentencia tiene un efecto desproporcionado sobre las personas de ascendencia haitiana<sup>46</sup>.

---

45 Para ahondar en éstos, ver: Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

46 Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/073.asp>, disponible a 14 de octubre de 2013.

El caso refiere a Juliana Deguis Pierre, nacida en República Dominicana de padres haitianos, y registrada como dominicana al nacer. “La sentencia del Tribunal Constitucional decidió que Juliana Deguis Pierre no cumple con los requisitos para ser registrada como dominicana, y que esta interpretación debe aplicarse en forma retroactiva, despojándola de su nacionalidad”. Adicionalmente, el tribunal instruyó a las autoridades realizar una “auditoría de los registros de nacimientos desde el 21 de junio de 1929, a fin de identificar casos similares y despojar también a estas personas de su nacionalidad dominicana”<sup>47</sup>.

La decisión del Tribunal Constitucional también es contraria a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, que estableció que

[...] el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron<sup>48</sup>.

Como puede verse, el diálogo entre jurisdicción nacional e internacional todavía es limitado en esta materia. Los criterios internacionales no han permeado a nivel local.

#### **f. Derechos económicos, sociales y culturales**

La Corte IDH ha recordado la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Se ha dicho que todos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y ser exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello<sup>49</sup>. Sin embargo, la justiciabilidad de

---

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 101.

los derechos previstos por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, está limitada, en el propio instrumento, a los derechos sindicales y al derecho a la educación, y no se extiende al conjunto de derechos consagrados en ese instrumento. Así, para hacer justiciables otros derechos económicos, sociales y culturales, la Corte IDH ha tenido que vincularlos con los derechos civiles y políticos – por ejemplo, violaciones al derecho a la salud que pueden afectar el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993, ha quedado claro que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y, por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro. Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar derechos civiles y políticos, por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o para la impartición de justicia). Por ello, la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el SIDH es un rubro que debe fortalecerse urgentemente.

## 5. Conclusiones

De manera provisional, se pueden plantear las siguientes conclusiones:

- La jurisprudencia interamericana ha tenido un impacto emblemático y progresivo en materia de derechos humanos.
- La Corte IDH ha sentado las bases de seguridad jurídica hemisférica con relación a los estándares mínimos de protección.
- No hay duda de que los fallos de la Corte IDH, en especial los apartados de reparaciones, representan lo más cercano a lo que ha sido llamado “corte activista”.
- Aunque sus sentencias se refieran a o resuelven casos concretos, se busca que las reparaciones tengan un efecto de aspersion o *erga omnes*.
- Las sentencias de la Corte IDH plantean lineamientos de políticas públicas desde la óptica de la no repetición.
- Se ha venido trabajando en una línea continua de progresividad y estandarización en la aplicación de los tratados de derechos humanos como derecho interno.
- Los criterios son re-orientadores y vinculantes. La interpretación de la CADH que realiza la Corte IDH da certeza jurídica.
- Al ser reconocidos dichos criterios como vinculantes, en mayor o menor medida se generan efectos sobre las políticas públicas y la legislación. En México, en la citada contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte decidió que todas las sentencias emitidas por la Corte IDH son vinculantes para los jueces nacionales.
- Los Estados han ido atendiendo las sentencias y ejerciendo, en mayor o menor medida, el control de convencionalidad. En ocasiones se ha producido un déficit de recepción que afecta la vigencia de los derechos humanos en América.

- La interpretación da certeza a los derechos y explica a los Estados cuáles son sus atribuciones.
- Los Estados se han ido ciñendo al SIDH; de esta forma todos saben cuáles son sus facultades y límites.

## 6. Desafíos

- El primer desafío es la universalización. Los tratados básicos del SIDH todavía no cuentan con aceptación universal ni el sistema es realmente americano.
- El acceso *de jure* y *de facto* a garantías nacionales, así como el acceso a la justicia internacional, es indispensable para reducir las violaciones de derechos humanos.
- La pobreza y realidad social de América (desempleo, subempleo, trabajo precario, injusticia, desigualdad, impunidad, corrupción, entre otros) imponen límites a los derechos humanos, exponen a las personas a situaciones de vulnerabilidad y propician violaciones a los derechos humanos.
- Generar la recepción de los criterios internacionales al interior de los países miembros.
- Eficacia del sistema como mecanismo de protección supranacional de derechos humanos.
- La Corte IDH en ocasiones no llega a ser tan clara en sus pronunciamientos o en sus alcances (ejemplo, control de convencionalidad) y ello puede producir problemas de recepción interna. Precisamente se trata de que tanto la población como el gobierno tengan certeza de sus deberes, derechos y límites, así como de los mecanismos para su debido ejercicio y defensa.
- Hay que edificar un sistema realmente capaz de garantizar que todos los Estados protejan, prevengan y reparen las violaciones a los derechos humanos, con base en parámetros uniformes para

---

todas las personas en América. Se debe recordar que el derecho interamericano de derechos humanos es un catálogo de mínimos esenciales que el conjunto de países debería de cumplir, sin excusas, matices ni restricciones.

# Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano\*

*Federico Sersale di Cerisano\*\**

## Introducción

En las Américas, desde mediados del siglo XX, se han dado una serie de conflictos que han producido enormes sufrimientos humanos y la muerte de decenas de millones de personas, la mayoría civiles. En ese sentido, han implicado graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos fundamentales, y han incluido genocidio, tortura, desapariciones forzadas, masacres, violaciones y el desplazamiento masivo de personas. En general, la impunidad ha prevalecido por sobre la justicia y las víctimas han sido ignoradas. Incluso, se ha sacrificado la justicia por razones políticas.

Ahora bien, existe un creciente reconocimiento internacional de que para combatir esas atrocidades se requiere la construcción de una sociedad democrática que responda a los reclamos de las víctimas. Cada vez más, la comunidad internacional, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil han solicitado la rendición de cuentas por las atrocidades del pasado, como se expresa a través de una diversidad de ideas y prácticas conocidas como Justicia Transicional (JT).

---

\* Este artículo está basado en una Conferencia dictada por el autor en Medellín, Colombia en el marco del Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el mes de marzo del año 2013. El autor agradece los comentarios valiosos de Natalia Arboleda.

\*\* Abogado argentino por la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina. Actualmente realiza la Maestría en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos. Fue Becario Rómulo Gallegos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Trabajó en la Cancillería Argentina con el equipo que representa al país ante los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. También ha trabajado como consultor para el Programa de Naciones Unidas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Banco Mundial.

En lo que sigue se revisarán algunas ideas básicas sobre el tema y varios problemas que se le relacionan. Luego, se dará una mirada al impacto que ha tenido el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) sobre la JT en las Américas.

## 1. La Justicia Transicional

### a. Consideraciones generales

El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) ha definido el concepto de la siguiente manera:

La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado<sup>1</sup>.

El ICTJ sostiene que, al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la JT proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de Derecho. De acuerdo al ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Kofi Annan, la JT “comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”<sup>2</sup>.

Para entender la JT es necesario considerar algunas de sus características centrales. En primer lugar, ésta no se limita a las medidas tomadas durante la transición a la democracia: hay casos en donde no se está necesariamente frente a un régimen que ha cambiado,

---

1 ICTJ, “¿Qué es la Justicia Transicional?”, en: <<http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>>, disponible al 2 de noviembre de 2013.

2 ONU, *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, informe del Secretario General de las Naciones Unidas, documento S/2011/634, párr. 8.

sino delante de gobiernos que deben resolver violaciones cometidas, en buena medida, bajo su propio mandato. Además, las medidas de JT muchas veces van más allá de la transición a la democracia. Un ejemplo son los juicios que se llevan adelante en la Argentina de hoy, 30 años después de la vuelta a la democracia. En suma, la noción de JT va más allá del breve período de la transición a la democracia.

En segundo lugar, la JT no se debe limitar a un enfoque legal formal, se debe pensar en ella como un todo multifacético e interdisciplinario. Limitarse a procesos legales formales no alcanza para responder a las necesidades de las víctimas y de la sociedad en general. Además, se debe diseñar e implementar con una gran sensibilidad social, cultural, histórica y política.

En tercer lugar, resulta importante enumerar qué tipo de medidas puede involucrar la JT, aunque más adelante se detallará esta información: actuaciones judiciales, comisiones de la verdad, reparaciones, investigación, sanciones y medidas administrativas, conmemoración, educación y archivos, y reforma institucional.

Por último, vale notar que en este artículo no se entrará a analizar las diferencias entre el Derecho Internacional Humanitario (DHI), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Penal Internacional (DPI). El interés es determinar las medidas que puede tomar un gobierno para enfrentar atrocidades del pasado, centrando la atención en la erradicación del sufrimiento humano, más allá de que lo que se está enfrentando sea una guerra internacional, una guerra interna o una dictadura militar.

## **b. Evolución de la Justicia Transicional**

La JT es relativamente joven y se puede dividir en tres etapas o fases<sup>3</sup>. La primera fase corresponde al período posterior a la segunda guerra mundial; es conocida como la fase **retributiva** y se relaciona

---

3 Teitel, Ruti G., “Transitional Justice Geneology”, en: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, No. 69, 2003, págs. 69-94.

con la creación de los tribunales penales internacionales de Núremberg y Tokio. Si bien hubo muchos avances en materia de DIDH durante la guerra fría, la naturaleza de la política internacional de la época dificultó la aplicación de políticas relevantes de rendición de cuentas y justicia.

La segunda fase se denomina **restaurativa**. En esta fase se plantean preguntas tales como: ¿cómo curar a una sociedad entera de las atrocidades del pasado? y ¿cómo incorporar en la sociedad valores como el Estado de Derecho, la paz y la reconciliación? También surgieron debates: paz v. justicia, procesar o perdonar, entre otros. En esta fase se empezó a trazar un vínculo entre la justicia y la reconciliación con el fin de los conflictos y el apoyo a las transiciones democráticas. También se vieron un mayor número de operaciones de mantenimiento de paz y misiones de derechos humanos por parte de la ONU. El Consejo de Seguridad por ejemplo, creó la Comisión para Investigar los Crímenes de Guerra en la ex Yugoslavia, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Igualmente, se creó la Corte Penal Internacional. Otras iniciativas de la ONU incluyeron el apoyo para la creación y puesta en marcha de comisiones de la verdad y de tribunales mixtos, nacionales e internacionales, en Sierra Leona, Kosovo, Timor Oriental y Camboya.

La tercera fase se conoce como **global** y se relaciona con la expansión y normalización de la JT. Cuestiones como la búsqueda de la verdad, la reconciliación y la responsabilidad jurídica y moral son ahora vistas como elementos esenciales en las negociaciones de paz y constituyen la base de muchos programas de reconstrucción nacional. Además, hay un creciente consenso mundial acerca de la validez y la necesidad de un compromiso con la JT.

### **c. Principios generales**

A lo largo de las fases mencionadas, mediante el avance de la academia y de la experiencia práctica, se fueron generando principios relativos a la JT. Algunos autores han escrito extensivamente al respecto; Juan Méndez es uno de los referentes en la materia.

Méndez sostiene que cuando un gobierno está enfrentando un legado de atrocidades, tiene las siguientes obligaciones<sup>4</sup>:

- i. De investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores. Fundamenta esta obligación en varios instrumentos internacionales y resoluciones de la ONU y jurisprudencia internacional.
- ii. De revelar a las víctimas, sus familiares y a la sociedad entera, todo lo que pueda ser confiablemente esclarecido sobre los hechos.
- iii. De ofrecer a las víctimas las reparaciones debidas.
- iv. De separar a los verdugos plenamente identificados de los cuerpos de seguridad y otras posiciones de autoridad.

Sostiene que estas obligaciones son multifacéticas y pueden ser cumplidas separadamente, pero no deben ser vistas como alternativas. En ese sentido, si el castigo no es legalmente posible (debido a una amnistía, por ejemplo), el Estado mantiene la obligación de cumplir con las demás<sup>5</sup>. En sus palabras:

[...] las diferentes obligaciones no son un menú del cual el gobierno puede elegir una solución; son de hecho distintas obligaciones, cada una de las cuales debe ser cumplida conforme a las mejores posibilidades que tenga el gobierno.

Méndez también afirma que estas obligaciones son de medios y no de resultado. Esto significa que el Estado debe cumplir plenamente su deber de persecución penal, incluso si el juicio termina a favor del acusado, siempre y cuando el proceso haya sido conducido de buena fe y no como un acto predestinado a fracasar<sup>6</sup>. Además, indica que para que tenga validez el cumplimiento de estas obligaciones, se debe respetar el debido proceso legal y el derecho de defensa de los acusados.

---

4 Méndez, Juan E., “Responsabilización por los abusos del pasado”, en: González, Lorena (coord.), *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio*. IIDH, San José, Costa Rica, 1998, pág. 81.

5 *Ibidem*, pág. 75.

6 *Ibidem*, pág. 84.

Una discusión interesante relativa a esta “condición de legitimidad” vinculada al debido proceso legal es el caso de las Comisiones de la Verdad (CV), específicamente lo relativo a si implica una violación al derecho de defensa, el hecho de que una CV señale a posibles perpetradores<sup>7</sup>. Una posición sostiene que sí y que, además, en este caso, se estaría extralimitando en su poder, dado que no es un órgano judicial. Desde esta posición se sostiene que los tribunales judiciales deberían establecer responsabilidad individual a través de un juicio penal. Otra posición sostiene que siempre y cuando se le dé el derecho de réplica a la persona que se está nombrando, no existe una violación al derecho de defensa. Cabe tener en cuenta que a veces no hay juicios posteriores al trabajo de una CV y por lo tanto, su trabajo probablemente sea la última oportunidad para que se esclarezcan responsabilidades. En ese escenario cobra mayor relevancia su facultad de establecer responsabilidades individuales. La Comisión de la Verdad y Reconciliación Sudafricana, por ejemplo, le otorgó una posibilidad a los individuos nombrados para defenderse (art. 4.a, 31.2 y 38 del Estatuto).

Por otro lado, en el año 2007 se publicó un documento esencial: Principios de Chicago sobre Justicia Transicional, también conocido como “los principios de Chicago”. El documento presenta directrices básicas para el diseño y aplicación de políticas dirigidas a hacer frente a las atrocidades del pasado. Cada uno de estos principios merece una disertación separada, pero aquí sólo hay espacio para repararlos de manera breve.

El primero expresa que “los Estados deberán juzgar a los presuntos autores de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario”. Este principio hace referencia a la primacía – o jurisdicción primaria – de los tribunales nacionales sobre los tribunales internacionales, para llevar a cabo los procesos judiciales. En ese sentido, son tres los métodos posibles: únicamente tribunales nacionales (caso argentino), tribunales internacionales mixtos (Sierra Leone) y sólo tribunales internacionales (Ruanda). Además, enumera

---

7 Ibidem, pág. 84.

una serie de condiciones que se deben cumplir durante los procesos, como la imparcialidad y la independencia; el respeto al debido proceso y el derecho de defensa de los acusados; el respeto al principio *non bis in ídem*; la prohibición de excepciones o limitaciones que protejan a los perpetradores de las acusaciones, tales como leyes de obediencia debida; las condiciones de aplicabilidad de las amnistías; la prohibición de uso de tribunales militares para enjuiciar a militares, agentes de los servicios de inteligencia o de fuerzas paramilitares que estén involucrados en violaciones graves de los derechos humanos o del DHI cometido contra civiles, entre otros.

El Principio 2 dice que “los Estados deben respetar el derecho a la verdad y fomentar las investigaciones de comisiones de la verdad y otras iniciativas similares por las denuncias de graves violaciones de derechos humanos”. Este principio sostiene que las víctimas, sus familias y la sociedad en general, tienen el derecho a saber la verdad sobre las violaciones del pasado, sean generales o específicas. Brinda también un catálogo de condiciones que deben cumplir las CV, tales como la imparcialidad e independencia y la participación pública en el proceso de construcción de la CV. Asimismo, da una serie de pautas sobre el funcionamiento y metodología de las CV, especificando sobre las facultades que deben tener (por ejemplo, autoridad para entrevistar), y el trato que deben recibir las partes (testigos y acusados, entre otros). Indica que las CV tienen la responsabilidad de presentar públicamente las conclusiones y la responsabilidad de formular recomendaciones (por ejemplo, sugerir reparaciones o reformas institucionales). Por otro lado, hace hincapié en otras acciones para la búsqueda de la verdad, como las exhumaciones – al respecto, el Equipo Argentino de Antropología Forense ha hecho un gran trabajo en todo el mundo. Por último, hace referencia a la desclasificación de archivos relacionados a las violaciones durante el pasado.

El Principio 3 indica que “los Estados deben reconocer la especial situación de las víctimas, garantizar el acceso a la justicia y el desarrollo de recursos y reparaciones”. Este principio aborda el derecho de las víctimas a acceder a la justicia para conseguir

reparaciones de diversos tipos. En particular, se refiere a la restitución (por ejemplo, el reasentamiento en el lugar de residencia anterior), la indemnización (daño físico y moral), la rehabilitación (atención médica y psicológica) y la satisfacción y garantías no de no repetición (reforma institucional). También aborda otros aspectos de las reparaciones, como la proporcionalidad de la reparación.

El Principio 4 lee que “los Estados deben aplicar políticas de inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas”. Éste es igual a la última obligación señalada por Méndez, y se refiere específicamente a la obligación de los Estados de impedir que los perpetradores de violaciones del pasado puedan participar en el gobierno o en puestos oficiales. Da una serie de lineamientos para realizar estos procesos.

El Principio 5 expresa que “los Estados deben apoyar programas oficiales e iniciativas populares en memoria de las víctimas para educar a la sociedad con respecto a la violencia política pasada y preservar la memoria histórica”. Este principio se refiere a los tipos de conmemoración (construcción de monumentos, estatuas y museos, por ejemplo) y la participación de las víctimas en los actos de conmemoración. También se refiere a la importancia de enfrentar el pasado en el ámbito educativo y la preservación de la memoria histórica.

El Principio 6 dispone que “los Estados deben apoyar y respetar las tradiciones de los grupos indígenas y de otros grupos religiosos”. Se refiere a que se deben tener en cuenta determinados valores tradicionales indígenas y enfoques religiosos en las políticas de JT relacionadas a estos grupos.

El Principio 7 pone que “los Estados deben brindar apoyo institucional a la reforma del Estado de Derecho para restaurar la confianza del público, promover los derechos fundamentales y apoyar el buen gobierno”. Es amplio y se refiere en primer lugar a la reforma institucional, que incluye la reforma del sector de seguridad, justicia y actividades de reconstrucción y apoyo a la democratización, y la defensa de los derechos humanos fundamentales. En cuanto a la

reforma de seguridad, indica que los “Estados deben asegurarse de que los militares, los agentes de inteligencia y los servicios de seguridad nacional operen bajo el control civil”. También hace referencia a la lucha contra la corrupción y a políticas que favorezcan la transparencia. Por último, se refiere a reformas de derechos humanos, como la creación de comisiones de derechos humanos locales y nacionales.

Ahora bien, y con relación a las obligaciones que tienen los Estados, la contraparte son los derechos que tienen las víctimas y la sociedad en sí. En ese sentido, Méndez sostiene que las víctimas tienen los siguientes derechos:

- v. A recibir justicia.
- vi. A conocer la verdad.
- vii. A recibir compensaciones y otras forma de restitución no monetaria.
- viii. A tener instituciones nuevas, reorganizadas y responsables (toda la sociedad)<sup>8</sup>.

#### **d. Problemas que plantea la Justicia Transicional**

Un enfoque serio de la JT requiere equilibrar las exigencias morales con el reconocimiento de las limitaciones prácticas y políticas que caracterizan los contextos de transición. Esto es particularmente cierto en el caso de las secuelas de los conflictos y del autoritarismo, en que las naciones se enfrentan a menudo con la infraestructura colapsada, la inseguridad, la presencia de grupos armados y una población traumatizada, entre otras cosas.

Ahora bien, cualquier enfoque serio también implica problemas y dilemas. Aquí se abordará uno, “procesar o perdonar”. Después de los conflictos, se produce un delicado equilibrio entre la paz, la justicia y la reconciliación. En muchos casos se sacrifica la justicia en función de la

---

8 *Ibidem*, pág. 83.

paz y la reconciliación. Esto ha llevado a que surjan algunas posiciones que están a favor de procesos de verdad y en contra de procesos penales, dado que se sostiene que los procesos penales interrumpen la paz y son vengativos, mientras la verdad promueve la reconciliación. Sin embargo, no se debe pensar en la verdad y la justicia como alternativas, sino más bien como dos mecanismos que se complementan. Un Estado debe procurar encontrar un balance entre los dos, no optar por uno o por el otro. Se analizarán en lo que sigue los aspectos positivos y negativos de los procesos de verdad y de los procesos judiciales.

Un proceso penal ofrece un aspecto positivo innegable: la justicia que recibe la víctima o su familia. Existe prueba empírica de que en países como Argentina, El Salvador, Uruguay y Chile, las víctimas de los conflictos desean que los responsables sean sancionados. En Argentina, por ejemplo, la justicia se está realizando hoy en día, más de 30 años después del fin del conflicto. Esto también se ve reflejado en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales consagran el derecho a un recurso judicial por violaciones de derechos humanos, en la jurisprudencia internacional en la materia y en el DPI. El DIH también indica que existe una obligación de castigar determinadas violaciones graves al derecho de guerra. Sin embargo, hay numerosas razones para sostener que los procesos penales por sí solos no alcanzan para cumplir con los objetivos de la JT. Un proceso penal está diseñado para alcanzar un acuerdo legal entre las partes del conflicto. Depende en gran medida de las pruebas ofrecidas y la relevancia de esas pruebas. Por otro lado, hay bastantes incertidumbres inherentes a un proceso judicial.

La JT requiere una investigación más amplia que la mera responsabilidad penal de un individuo, algo que las CV pueden ofrecer. Por la naturaleza de los procesos judiciales, se presta poca atención al contexto del caso, al menos que sea directamente relevante para probar la responsabilidad o inocencia del acusado. Una CV puede ofrecer un análisis de las causas y consecuencias del conflicto. Miran toda la película y no sólo la foto. Al hacer eso, las CV construyen la historia del conflicto, identificando las causas, lo cual puede ayudar a

prevenir problemas futuros. La Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana por ejemplo, mostró quiénes fueron los actores armados del conflicto, dónde se dieron los picos de violencia, los factores que causaron la violencia y las consecuencias de la violencia. Además, las CV no suponen procedimientos tan largos y complejos como los procesos judiciales y por lo tanto, pueden tratar mucho más casos. La Comisión de la Verdad y Reconciliación sudafricana por ejemplo, tomó declaraciones y testimonios a más de 21 000 víctimas y testigos, de las cuales aproximadamente 2 000 fueron públicas.

Dada su perspectiva más amplia, las CV también tienen mayor flexibilidad para tratar temas que los tribunales no pueden abordar con tanta facilidad, como la justicia de género o el desarrollo. Adicionalmente, pueden formular recomendaciones de reforma institucional, como que se cree una Comisión de Derechos Humanos o un programa de reparaciones. Además de que en una etapa post-conflicto, el Estado tenga la infraestructura para llevar a cabo procesos judiciales o las condiciones políticas no lo permitan.

Un enfoque holístico de la JT requiere encontrar un balance entre todos los mecanismos existentes, entre ellos los procesos penales y los procesos de verdad. Estos dos tipos de procesos se complementan mutuamente por las razones arriba mencionadas. Mientras uno se ocupa de un aspecto más específico – la justicia penal – el otro se ocupa de un aspecto más amplio. Estos no tienen que necesariamente ser llevados a cabo simultáneamente, se puede hacer en tiempos distintos. De hecho, la historia ha demostrado que cuando la CV es anterior, puede ayudar en los procesos penales.

El análisis del dilema “procesar o perdonar” pone de manifiesta la naturaleza multifacética de la JT, así como la complejidad que conlleva. Existen muchos otros problemas, como el dilema “paz v. justicia”, muy relacionado con el arriba presentado. En todo caso, es esencial reiterar que no existe una fórmula única, aplicable a todos los conflictos. Hay que hacer un análisis caso por caso.

## 2. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

El análisis del rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se hará usando como lo marco lo explicado hasta este punto. En otras palabras, se verá cómo los órganos del SIDH han contribuido a desarrollar estándares sobre las obligaciones enumeradas por Méndez y los principios de Chicago.

### a. Derecho de acceso a la justicia

En el marco jurídico interamericano, el derecho a la justicia en el contexto de la JT, se deriva del derecho al acceso a la justicia y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y su relación con el artículo 1.1. Este derecho implica que se investiguen los hechos y se identifique, juzgue y sancione a los responsables. Además, la Corte IDH ha hecho énfasis en la importancia del deber de los Estados de erradicar la impunidad. Así, por ejemplo, ha dicho que la impunidad “propicia la repetición crónica de violaciones de derechos humanos<sup>9</sup>” y promueve “la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos”<sup>10</sup>.

La jurisprudencia de la Corte IDH centrada en el derecho a la justicia y en la erradicación de la impunidad ha sido fundamental para la JT en el hemisferio. Según este tribunal, esta obligación debe ser cumplida de manera objetiva y exige un esfuerzo serio y razonable, no meramente formal, pero a la vez no exige determinados resultados. En ese sentido, es una obligación de medios y no de resultado<sup>11</sup>. Además,

---

9 Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 179

10 Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 179

11 *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109, párr. 184

ha sostenido que esta obligación de investigar, procesar y sancionar debe ser asumida por propia iniciativa y no puede depender de los esfuerzos de las víctimas y sus familiares.

Al igual que los principios de Chicago y la posición de Juan Méndez, la Corte IDH ha establecido condiciones de legitimidad en el cumplimiento de la obligación de investigar, procesar y sancionar. Ha sostenido que esta obligación debe “asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables”<sup>12</sup>. Así mismo, ha dicho que todos los órganos que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales “tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso”, estipuladas en el artículo 8 de la CADH<sup>13</sup>. De esta forma se garantiza el debido respeto al principio de presunción de inocencia, el cual constituye un fundamento de las garantías judiciales que se erige como un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y “acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede en firme”<sup>14</sup>. En consecuencia, todas las instancias judiciales internas deben actuar respecto de los presuntos responsables como personas cuya responsabilidad penal está aún pendiente de determinación clara y suficiente.

Sobre esta obligación, la Corte IDH también determinó que el principio *non bis in idem* contra el doble enjuiciamiento, y el concepto de *res judicata*, no constituyen una prohibición absoluta de juzgar por segunda vez a una persona previamente absuelta de un delito grave

---

12 *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 243

13 Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 149; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 164; *Caso López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 148.

14 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 154.

contra los derechos humanos. Así, señaló que en casos en que sea una cosa juzgada fraudulenta o el responsable haya sido juzgado por un tribunal carente de independencia o imparcialidad, estos principios no aplican.

Ahora bien, queda claro que el Estado tiene la obligación de investigar, procesar y sancionar de acuerdo a la jurisprudencia del SIDH. Asimismo, la Corte IDH ha establecido ciertas condiciones de legitimidad para hacerlo. En ese sentido, su jurisprudencia coincide con el marco teórico que se revisó en la sección anterior de este texto. Sin embargo, tal como también se vio, la realidad es mucho más compleja que la mera obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia, y muchas veces existen obstáculos para cumplir con esta obligación. En el marco del SIDH han surgido dos temas relacionados al derecho a la justicia que se abordarán en lo que sigue: la amnistía y la jurisdicción militar.

#### i. Las amnistías

La Corte IDH se ha pronunciado sobre las amnistías con relación a los procesos de JT de varios países, como Uruguay, Brasil, Chile, Paraguay, Guatemala y El Salvador. Tal como se vio anteriormente, al analizar el dilema “procesar o perdonar”, en el marco de la JT las amnistías son un mecanismo legal que ha sido utilizado para evitar el procesamiento penal de los presuntos responsables de violaciones de las atrocidades del pasado.

La Corte IDH comenzó a sentar jurisprudencia respecto de las amnistías concedidas a partir de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*<sup>15</sup>, dictada en 2001. Allí se determinó que dos leyes de autoamnistía, sancionadas durante el gobierno de Alberto Fujimori para su propio beneficio, violaban el derecho a la justicia que asistía a las víctimas. El tribunal relacionó este derecho con los deberes del Perú de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, a fin de garantizar

---

15 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

y hacer efectivos los derechos humanos. En este caso, la Corte IDH prohibió las autoamnistías en casos de “violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas”<sup>16</sup>. En ese sentido, declaró que las autoamnistías en Perú eran “manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención y que en consecuencia carecen de efectos jurídicos<sup>17</sup>”. Cabe notar que en este caso, la Corte IDH no se refirió a los incidentes señalados como crímenes de lesa humanidad, sino como violaciones graves a los derechos humanos.

En 2006, la Corte IDH se volvió a pronunciar sobre el uso de amnistías en el contexto de la JT, en el caso *Almonacid vs. Chile*<sup>18</sup>, que versaba sobre la autoamnistía decretada por el régimen de Pinochet en 1978. Aquí reiteró el estándar de Barrios Altos y además, se refirió a otra cuestión relevante. Chile reconoció que su ley era incompatible con la CADH pero alegó que sus tribunales nacionales no la aplicaban. De todas maneras, la Corte IDH consideró que la mera existencia de la ley era una violación a la CADH y que por lo tanto, la ley debía ser derogada. Hizo referencia a las violaciones alegadas como parte de un ataque sistemático y generalizado, es decir, como crímenes de lesa humanidad.

Con estos dos precedentes, la Corte IDH dejó claro que las amnistías por crímenes de lesa humanidad son incompatibles con la CADH. Sin embargo, en el 2011 enfrentó la cuestión de las amnistías por crímenes de lesa humanidad en un caso mucho más complejo: el caso *Gelman vs. Uruguay*. En éste, las amnistías contaban con un apoyo popular y democrático que no tenía ni la amnistía chilena y mucho menos, la peruana. Se había hecho un plebiscito para votar sobre la validez de las amnistías en la década del 80, y el pueblo uruguayo votó a favor

---

16 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

17 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

18 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

de las amnistías. Sin embargo, la Corte IDH mantuvo su posición de que las amnistías por crímenes de lesa humanidad son incompatibles con la CADH.

La Corte IDH ha sido explícita en que lo que interesa no es “la forma en que se adoptó la amnistía sino más bien su *ratio legis*: dejar impune graves violaciones al derecho internacional”<sup>19</sup>. Es por eso que aplica el mismo argumento en todos sus casos, a pesar de las diferencias en los hechos y la forma en que se adoptaron las amnistías. Cabe mencionar que en el caso *Gomes Lund vs. Brasil*<sup>20</sup>, la Corte IDH expresó que el control de convencionalidad no fue ejercido por el Poder Judicial Brasileño al confirmar la validez de la ley de amnistía.

## ii. La justicia penal militar<sup>21</sup>

En el marco de la JT, los Estados a veces deciden procesar a los presuntos responsables bajo el fuero militar. Tanto la Corte IDH como la CIDH han reiterado que “sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atent[a]n contra bienes jurídicos propios del orden militar”. Por lo tanto, la jurisdicción militar tiene un alcance restrictivo y excepcional, y está “encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”<sup>22</sup>. El juzgamiento a

---

19 *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 175

20 *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219

21 Bolaños Enríquez, Tania Gisela, “Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los procesos de justicia transicional en América Latina”, en: *Seminario Regionalismo o Globalización Frente a Problemas Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012.

22 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 189; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 202.

civiles está excluido de la competencia de la jurisdicción penal militar<sup>23</sup> y ésta se debe limitar a los militares en ejercicio activo.

¿Cómo se aplica esta jurisprudencia a la JT? Cuando un delito adquiere cierta gravedad, como ocurre con los casos de delitos de lesa humanidad, se rompe el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio, razón por la cual la justicia penal militar pierde la competencia para conocer del caso<sup>24</sup>, el cual deberá ser asumido por la justicia ordinaria a fin de cumplir con ciertos principios de la CADH, como el de juez natural y la independencia e imparcialidad (art. 8.1)<sup>25</sup>. Los órganos del SIDH han mantenido que la justicia penal militar no cumple con los estándares de independencia e imparcialidad exigida por el art. 8 de la CADH, ya que forman parte del Poder Ejecutivo. En casos de graves violaciones a los derechos humanos, el juez natural es el de la jurisdicción ordinaria. El caso *19 comerciantes vs. Colombia* es un ejemplo<sup>26</sup>.

En conclusión, la Corte IDH ha establecido que existe una obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En segundo lugar, ha establecido determinados condiciones con las que deben cumplir los Estados mientras cumplen con esa obligación. Además, ha sostenido que no se puede limitar esta obligación cuando se trata de crímenes de lesa humanidad y ha establecido el fuero para cumplir con la obligación. En ese sentido, la Corte IDH comparte la posición de Méndez y de los principios de

---

23 Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de fondo de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párrs. 116 y 117; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de fondo de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrs. 112 y 113; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párr. 202; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006, párr. 131.

24 *Ibidem*; en el mismo sentido, Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 120.

25 Bolaños Enríquez, Tania Gisela, “Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los procesos de justicia transicional en América Latina”... pág. 26.

26 Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109.

Chicago acerca de la obligación de los Estados de ofrecer justicia a las víctimas en el marco de la JT.

## **b. El derecho a la verdad**

En la primera sección de este texto se repasaron las razones por las cuales, para los fines de la JT, los procesos penales por sí mismos no alcanzan. En ese sentido, se resaltó la importancia de las instituciones y procedimiento de la verdad, tal como el trabajo de CV. De igual manera, los órganos del SIDH han insistido en la importancia de la verdad en el marco de la JT.

Hace ya más de veinte años, la CIDH determinó que, cuando se cometen violaciones graves a los derechos humanos, existe un derecho a la verdad. Señaló que hay dos dimensiones de este derecho: por un lado, una dimensión social, es decir, que “toda la sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que estos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”<sup>27</sup>. Por otro lado, la Corte IDH también ha determinado que existe una dimensión individual, que involucra el derecho de la víctima y de sus familiares a conocer la verdad<sup>28</sup>.

Por su lado, la Corte IDH ha determinado que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”<sup>29</sup>. Así mismo, ha señalado que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a

---

27 CIDH, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, Informe N° 25/98, Chile, Alfonso René Chanfeau Oracye y otros, 7 de abril de 1998,

28 Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 34 párr. 90

29 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70; Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú...* párr. 48.

derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias al artículo 13 de la Convención<sup>30</sup>, el derecho a conocer la verdad, por lo que aquellos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido”<sup>31</sup>.

Este análisis del derecho a la verdad implica que los Estados no pueden mantener la información relacionada con las atrocidades cometidas como secreto de Estado. Estas deben ser públicas, no sólo para ser utilizadas en los procesos judiciales, sino también para revelar la verdad a la sociedad entera.

La Corte IDH también ha valorado la importancia de la verdad en situaciones de JT al referirse a las CV. En el caso *Goiburú vs. Paraguay* por ejemplo, elogió la decisión de Paraguay de crear una CV como una manifestación de la voluntad del Estado de investigar y ofrecer reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos. La

---

30 Recientemente, en el caso *Gómes Lund y otros*, la Corte observó que, de conformidad con los hechos del mismo, el derecho a conocer la verdad se relaciona con una acción instaurada por los familiares para obtener determinada información, vinculada con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el art. 13 de la CADH, por lo cual analizó aquel derecho bajo esta norma.

31 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. . . párr. 243. Para la CIDH el derecho a la verdad se basa no sólo en el art. 25, sino también en los artículos 1.1, 8 y 13 de la CADH. CIDH, “Derecho a la Verdad”, Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&IID=2>>, a noviembre de 2013. En algunos casos, la CIDH no ha invocado el art. 13 dentro del marco de casos sobre el derecho a la verdad, por ejemplo: Caso 10.258, Informe No. 1/97, Ecuador, Manuel García Franco, 12 de marzo de 1997; Caso 10.606, Informe No. 11/98, Samuel de la Cruz Gómez, Guatemala, 7 de abril de 1998; Caso 11.275, Informe No. 140/99, Guatemala, Francisco Guarcas Cipriano, 21 de diciembre de 1999; Casos 10.588 (Isabela Velásquez y Francisco Velásquez), 10.608 (Ronald Homero Nota y otros), 10.796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10.856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (Nicolás Matoj y otros), Informe No. 40/00, Guatemala, 13 de abril de 2000. Un examen de los hechos de varios casos tocantes al derecho a la verdad pareciera indicar que para la CIDH el art. 13 reviste suma importancia en los casos relacionados con leyes de amnistía. Esto obedece al hecho de que, cuando se promulga una ley de amnistía, no queda oportunidad para la acción judicial contra los responsables de los delitos y la información es el único medio por el cual los familiares de las víctimas pueden obtener alguna forma de reparación. Además, en esos casos la información es esencial porque los miembros de la sociedad deben tener noción de los abusos que se haya cometido para vigilar y evitar su repetición en el futuro.

Corte IDH también valoró la creación del Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos, conocido como el “Archivo del Terror”, el cual ha contribuido a la búsqueda de la verdad histórica en Paraguay y en la región. Esta medida se vincula estrechamente con el Principio 5 de los principios de Chicago, que ordena a los Estados a preservar la memoria histórica. Así mismo, en el *Caso Almonacid* resaltó la importancia de la CV chilenas, que sirvieron para reconstruir la verdad histórica de la dictadura de Augusto Pinochet.

Los órganos del SIDH han reconocido la importancia del derecho a la verdad como complemento al derecho a la justicia. En ese sentido, han valorado el trabajo de las CV y han hecho hincapié en el derecho de la sociedad a conocer la verdad.

### c. Reparaciones

El derecho a una reparación es uno de los principios de Chicago y una de las obligaciones que enumera Méndez. De acuerdo a los primeros, existen cinco componentes de reparación integral: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. La jurisprudencia interamericana ha tratado estos tipos de reparaciones en sus sentencias e informes.

Algunas de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH son las siguientes: asignar nombre de la víctima a una calle o escuela, la construcción de monumentos<sup>32</sup>, la publicación de la sentencia, actos públicos de reconocimiento de responsabilidad y ofrecimiento de disculpas, creación de fundaciones o escuelas<sup>33</sup>, ubicación de los cuerpos de desaparecidos y devolución a sus familiares, la

---

32 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*...

33 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia de reparaciones y costas de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*...

adecuación del ordenamiento jurídico interno (amnistías)<sup>34</sup>, medidas de rehabilitación médica y psicológica. También ha ordenado la capacitación en derechos humanos para el funcionariado del Estado, como medida de garantía. Por ejemplo, en el caso *Bámaca vs. Guatemala* ordenó al Estado a encontrar los restos de la víctima, exhumarlos en presencia de la viuda y los familiares cercanos, y entregarlos a éstos. En los casos *Panel blanca y Niños de la Calle vs. Guatemala* también se ordenó al Estado trasladar los restos mortales de las víctimas y darle sepultura en el lugar que eligieran sus familiares cercanos.

Según la Corte IDH, el fin último de estas medidas es conservar viva la memoria de las víctimas, contribuir al reconocimiento de su dignidad, despertar conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos, además de servir de consuelo para sus deudos<sup>35</sup>. En el caso *de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, determinó que el derecho a la reparación comprende además una serie de obligaciones para el Estado, entre las que se encuentran el deber inderogable de proveer directamente reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos por las cuales es responsable, y el deber de asegurar que las solicitudes de reparación formuladas por las víctimas no se enfrenten a requisitos procedimentales excesivos o a obstáculos que puedan impedir la satisfacción de sus derechos<sup>36</sup>.

---

34 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 24; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73; *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

35 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 103; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala...* párr. 84; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia de fondo de 26 de enero de 2000, Serie C No. 64, párr. 122; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 188; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *op. cit.*, nota 15, párrs. 278 y 286; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia...* párrs. 244, 253 y 273.

36 Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 198.

La Corte IDH también ha ordenado reparaciones económicas, que incluyen daños compensatorios y gastos médicos y de asesoramiento jurídico, ingresos no percibidos, daños morales, pérdida del proyecto de vida y otras categorías similares. En los casos guatemaltecos relacionados al conflicto interno, las reparaciones superaron, en promedio los 100 000 dólares.

La CIDH también ha hecho un trabajo sobresaliente al respecto. Cabe mencionar el *Informe de Solución Amistosa 1/93*, que dio lugar a una ley de reparaciones para víctimas de la dictadura militar argentina. El monto previsto para las indemnizaciones fue la treintava parte de la remuneración mensual asignada a la más alta categoría del escalafón para el personal civil de la administración pública, por cada mes de detención. En el caso de personas que hubieran fallecido durante su detención, fue establecido el equivalente a cinco años de detención como indemnización adicional, más el período de su detención; en casos de personas que hubieran sufrido lesiones gravísimas, fue establecida la compensación por detención, más el 70 por ciento de la compensación que recibieran los familiares de un fallecido.

## Conclusión

Si bien la justicia transicional es una disciplina relativamente joven, han habido grandes avances (especialmente en los últimos veinte años) tal como demostré en la primera parte de este artículo. El sistema interamericano de derechos humanos, a través de sus dos órganos, han hecho una gran contribución a estos avances. Cuando los países de la región han fallado en cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, estos dos órganos han intervenido a favor de las víctimas, obligando a los Estados a cumplir con los distintos principios de justicia transicional. Todavía queda mucho camino por recorrer y los dilemas mencionados seguirán existiendo y posiblemente se vuelvan aún más complejos. Esperemos que la jurisprudencia del sistema interamericano sirva como guía para los Estados en la región para llevar a cabo sus respectivos procesos de JT y que las víctimas no tengan que seguir recurriendo a órganos internacionales para exigir que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de JT.

# **Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos\***

*Luis Carlos Buob Concha\*\**

*“Como otros hombres edifican sus proyectos sobre sus empleos, títulos, artes o finanzas, sobre la tierra y sus frutos los comuneros levantaban su esperanza... Y para ellos la tierra y sus frutos comenzaban por ser un credo de hermandad”*

*Ciro Alegría (El mundo es ancho y ajeno)*

## **Introducción**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es una piedra angular para el paulatino reordenamiento del poder y orden público internacional con relación al respeto y protección del ser humano como sujeto de derechos. A partir de su aceptación universal se desarrollan de manera más prolija los valores básicos inherentes a toda persona humana, como la dignidad, la libertad y la igualdad, en el entendido de que éstos se aplican y pertenecen a todos y todas, en todos los lugares y en todo momento. Desde esta perspectiva, el reconocimiento jurídico que actualmente posee el derecho al agua como derecho humano representa uno de los avances contemporáneos del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

---

\* Las reflexiones aquí sostenidas son responsabilidad del autor y no comprometen a institución alguna.

\*\* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas e integrante del equipo jurídico del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

El incremento de conflictos sobre el acceso al agua, especialmente entre los Estados, los sectores productivos (agricultura, minería, turismo, entre otros) y las comunidades indígenas – como uno de los actores sociales actualmente más visibles –, ha llegado a desencadenar tensión, zozobra social y afectación de diferentes derechos fundamentales, muchas veces con consecuencias trágicas y graves violaciones a los derechos humanos.

La interrelación del valor estratégico que adquiere el agua como recurso, la contaminación a la que se encuentra expuesto y su carácter vital para el sustento de la especie humana, forman parte del panorama en que la comunidad internacional ha puesto su atención, constituyéndose un punto que adquiere relevancia en la agenda internacional por los efectos que tiene en la poblaciones y, de manera específica, en los pueblos indígenas. En ese contexto, el desarrollo, reconocimiento y protección del derecho humano al agua, visto desde un enfoque intercultural, adquiere relevancia jurídica, pues representa un elemento esencial para la protección y respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Se trata de un tema de actualidad cuyo debate es necesario.

En el presente trabajo se analiza cómo el agua ha venido adquiriendo la condición jurídica de derecho humano y, específicamente, cómo se configura una dimensión colectiva cuando se le relaciona con los pueblos indígenas, en el marco de las sociedades multiculturales contemporáneas. Una vez hecho tal reconocimiento, se estudia, desde las posibilidades que ofrece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la viabilidad de su exigibilidad jurídica en el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), particularmente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con el objeto de a fortalecer su respeto y garantía.

## **1. Reconocimiento del derecho humano al agua**

La primera vez que se reconoce a nivel internacional y de manera explícita la existencia del derecho al agua fue en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en 1977 (Mar del

Plata). Durante esta conferencia, los Estados declararon que “todos los pueblos, cualquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”<sup>1</sup>. Posteriormente se han producido importantes precedentes a través de declaraciones y tratados emitidos en el ámbito de los organismos internacionales, en los que se han ido perfilando y concretando aspiraciones con implicaciones jurídicas y políticas relacionadas al acceso a y uso del agua<sup>2</sup>.

Si bien el derecho al agua carece de un reconocimiento autónomo en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en tanto que los precedentes citados sólo lo incluyen como elemento integrante de otros derechos fundamentales – como la vida, salud o medio ambiente –, se considera que el derecho al agua es un derecho humano emergente con validez contemporánea y trascendencia global, que va adquiriendo mayor carácter de autonomía.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es uno de los órganos que ha impulsado el desarrollo del concepto y contenido del agua como derecho humano, en tanto órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC), a través de su Observación General No. 15. El CDESC declara: “El agua es un

---

1 Organización de las Naciones Unidas (ONU), *El derecho humano al agua y al saneamiento: hitos*, 2011, [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_milestones\\_spa.pdf](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf), disponible a octubre de 2013.

2 Ver: apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 1949, entre otros. Ver también el párrafo 18.47 del Programa 21, en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992; el Principio 3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente; el Principio 2 del Programa de Acción, en el Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos<sup>3</sup>.

El CDESC desarrolla el derecho al agua a partir de los artículos 11 y 12 del PIDESC, relacionados al derecho a un nivel de vida adecuado, en tanto el agua representa una condición esencial para la supervivencia, y al derecho al más alto nivel posible de salud, como categoría indispensable para garantizarlo<sup>4</sup>. Adicionalmente, lo relaciona a los derechos a una vivienda y alimentación adecuadas, también contenidos en el artículo 11<sup>5</sup>.

El CDESC se ha ocupado del examen de este derecho en los informes presentados por los Estados parte, lo que ha permitido generar mayores acciones para el disfrute efectivo del derecho humano al agua, según los estándares que el mismo Comité ha desarrollado<sup>6</sup>.

En ese sentido, el CDESC ha dicho que:

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos.

---

3 CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU E/C.12/2002/11, 2002, párr. 1.

4 *Ibidem*, párr. 3.

5 *Ibidem*.

6 En ese sentido, en la formulación actualizada de directrices que hace el CDESC para la presentación de los informes de los Estados parte, con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC, incorpora la información que los Estados deberán entregar en lo que se relaciona a sus obligaciones sobre el derecho al agua, para garantizar el respeto y protección de los artículos 11.1 y 12 del mismo tratado. CDESC, *Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU E/C.12/2008/2, 2008, párrs. 48, 49, 50 y 57.b.

En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua<sup>7</sup>.

El desarrollo que ha hecho el CDESC en la Observación General No. 15 y los precedentes mencionados anteriormente, han permitido avanzar hacia un mayor reconocimiento y concreción de este derecho en la esfera internacional. Así, en julio de 2010 la Asamblea General de la ONU reconoció como derecho humano el acceso al agua potable, indicando que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”<sup>8</sup>. En septiembre del mismo año, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas fortalece el fundamento jurídico sobre el que se asienta el derecho al agua afirmando que está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana. Seguidamente, reconoce que existen obligaciones jurídicamente vinculantes a los Estados relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento<sup>9</sup>.

Para profundizar en la protección jurídica que deben dar los Estados a este derecho, resulta ilustrativo revisar los últimos informes anuales de la experta independiente y ahora Relatora Especial para el Derecho Humano al Agua y el Saneamiento, Catarina de Albuquerque<sup>10</sup>. Su informe de 2010 indica que en la evaluación de la prestación de servicios de agua potable se debe determinar si ésta contribuye o no la realización de los derechos humanos, es decir, si se cumple con el respeto y garantía del contenido de dicho derecho, a saber, su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. Lo adecuado

---

7 CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua...* párrs. 1 y 10.

8 ONU, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, ONU A/RES/64/292, 2010, párr. 1.

9 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/15/L.14, 2010, párrs. 3 y 8.

10 Cfr. de Albuquerque, Catarina, *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/15/31, 2010, párr. 29, e *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/18/33, 2011, párrs. 40-79.

para el ejercicio del derecho al agua puede variar según las diferentes condiciones, pero deberá estar destinado al respeto de la dignidad, vida y salud humanas. La disponibilidad se refiere a la continuidad y suficiencia que debe tener el recurso para los usos personales y domésticos; la calidad se refiere a la condición de salubridad que debe tener el agua, es decir, que no debe contener sustancias o microorganismos que constituyan una amenaza para la salud de las personas; la accesibilidad se refiere a cuatro condiciones superpuestas, a saber, debe existir alcance físico a las instalaciones y servicios de agua en toda la población, debe existir asequibilidad económica para no comprometer su disfrute, debe ser accesible a todos de hecho y de derecho sin discriminación y debe existir la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionadas al agua<sup>11</sup>.

En consideración de lo expuesto, si bien puede haber opiniones divergentes sobre el reconocimiento del derecho al agua como derecho autónomo, no se puede negar la existencia de las obligaciones vinculantes que tienen los Estados con relación a dicho derecho, dada su estrecha relación con la realización de otros derechos humanos plenamente identificados. Ahora bien, al margen de la construcción jurídica que se realiza *infra*, en la que nos remitimos al contenido de otros derechos por no existir reconocimiento expreso del derecho al agua en la CADH, no debe escapar de esta investigación el sostener su carácter autónomo. Se puede considerar que, si bien el agua como recurso representa una base esencial para la concreción de otros derechos humanos, como la vida, salud o a la participación en la vida cultural – explícitamente reconocidos –, como tal representa un derecho con contenido propio, ciertamente relacionado e interdependiente con otros, pero claramente separable en aspectos sustantivos, como su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. Afirmar lo contrario, supeditando este derecho al contenido de otros derechos humanos, supondría correr el riesgo de no salvaguardar aspectos esenciales propios del derecho al agua y limitarlo a la concreción de esos otros derechos. En otras palabras, no sería posible retratar

---

11 Cfr. CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua...* párrs. 11 y 12.

el significado particular que este derecho tiene, ya que no todos sus componentes estarían presentes en los otros contenidos jurídicos, cosa que configuraría una pérdida en la proyección de su especificidad.

Esta afirmación se ve además reforzada por la plena identificación del derecho al agua con la noción de la dignidad de la persona. En tanto la cuestión de la dignidad está presente en el goce del derecho al agua y éste no queda plenamente incorporado en la protección de algún otro derecho humano por las características de su especificidad, sería necesaria su identificación como derecho con contenido propio y separable de los demás. Esto es, mediante los avances jurídicos y políticos que se desarrollen en la dinámica de la evolución del marco de los derechos humanos. Cabe anotar que el hecho de sostener que se reconozca el surgimiento y autonomía de un derecho humano no significa sostener la proliferación creativa de derechos que socaven la vigencia y respeto de los ya existentes. Por el contrario, se sustenta que ante la necesidad de adaptarse a los cambios que en las sociedades se presentan, se debe evaluar la pertinencia del reconocimiento planteado para hacer frente a las amenazas que condicionan la dignidad de la persona humana.

Los primeros atisbos y consecuente discusión de este derecho se desarrollan con base en realidades históricas determinadas y como forma de garantizar la dignidad de la persona de acuerdo a los contextos y necesidades que emergen en las sociedades donde confluyen e interactúan diversas variables y situaciones políticas y sociales, las cuales motivan y desafían su construcción conceptual en el Derecho. Precisamente, el desarrollo y subsecuente toma de conciencia de los seres humanos respecto a las diferentes amenazas sobre los recursos hídricos, incitan a su aproximación jurídica en tanto condición para el desarrollo de una vida digna y como instrumento para resolver conflictos latentes alrededor del mismo. Con relación a las comunidades indígenas, esta aproximación deberá respetar sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, haciendo una ponderación y conciliación objetiva junto a los demás intereses y derechos existentes. Esto se refleja cuando el CDESC menciona que

los Estados deben velar por que “el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”<sup>12</sup>. No obstante, pese a los modestos – pero no por eso menos importantes– avances en la materia, se deben tener en cuenta las dificultades para acceder a espacios de diálogo y debate sobre el tema con relación a las poblaciones indígenas, así como el camino a seguir para un efectivo respeto y consideración de sus prácticas culturales y espirituales en conexión con el agua, su uso y las decisiones que afectan su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad.

## **2. Los pueblos indígenas y la dimensión colectiva del derecho humano al agua**

El papel que el agua tiene en las relaciones sociales y la resolución de conflictos, así como su carácter espiritual y de identificación cultural para los pueblos indígenas, pasan desapercibidos desde el paradigma legal hegemónico o, peor aún, se interpretan y reconstruyen en función de sus postulados, la mayoría de veces con definiciones estereotipadas, rechazando *de facto* cualquier vericuetto que amenace el modelo que se pretende implementar.

En el caso de los pueblos indígenas, la protección del derecho al agua debe abarcar una dimensión colectiva cuyo contenido jurídico resguarde por lo menos un nivel operativo y otro de participación, los cuales se interrelacionan y condicionan directamente – además de proteger las características propias de su contenido jurídico, a saber, su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. El nivel operativo se referiría a la posibilidad de usufructuar el recurso por parte de los integrantes de la comunidad según sus propias instituciones; el nivel participativo se referiría a la posibilidad de participar en las decisiones sobre la gestión del recurso, la cual contiene por lo menos dos características relativas a la decisión

---

12 Ibidem, párr. 16(d).

colectiva: por un lado, una esfera intracomunitaria, que implica su uso interno y conservación, poder determinar quién y cómo se accede al sistema local del recurso, y determinar las sanciones y formas de transferencia de derechos relacionados a la gestión hídrica; por otro, una esfera extracomunitaria, que implica su legitimidad como interlocutores sobre la toma de decisiones nacionales en el uso, acceso y destino del recurso natural<sup>13</sup>.

Lo anterior se podría enmarcar esto dentro de las características clásicas del derecho al agua, es decir, proteger la disponibilidad de la fuente natural correspondería con velar por que exista una cantidad y la continuidad suficiente para los usos otorgados por el pueblo indígena. La calidad se referiría a las características mínimas de limpieza que debe tener el agua para que no amenace los usos destinados por los pueblos indígenas y la accesibilidad se relacionaría al alcance físico de las fuentes del recurso hídrico, así como a la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionada al agua. En todas ellas se deberían encontrar implícitos los niveles operativo y participativo arriba descritos.

La Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha mencionado al respecto que:

Las fuentes naturales de agua utilizadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, como los lagos o ríos, pueden no ser ya accesibles debido a la expropiación o la apropiación gradual de las tierras por otros. El acceso puede verse amenazado también por la contaminación ilegal o la sobreexplotación. Además, las fuentes de agua de los pueblos indígenas pueden haber sido desviadas para abastecer de agua potable a las zonas urbanas. Así pues, para asegurar el derecho al agua de los pueblos indígenas puede ser necesario, en muchos casos, adoptar medidas para asegurar sus derechos a las tierras ancestrales,

---

13 Gentes, Ingo, *Derecho de agua y derecho indígena: hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*, documento conceptual para el Programa Walir, Santiago de Chile, 2001, págs. 31-33. Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/andinos.pdf>, a octubre de 2013.

reforzar sus sistemas tradicionales de aprovechamiento del agua y proteger sus recursos naturales<sup>14</sup>.

Entonces, la protección internacional del derecho al agua de los pueblos indígenas, en su faceta colectiva garantizaría que estos grupos delineen de manera autónoma sus proyectos de vida, dejando de lado el centralismo republicano y la exclusión social imperante; esta construcción jurídica está relacionada además con el concepto de libre determinación<sup>15</sup>.

El respeto al régimen comunal de tenencia de recursos hídricos que en este trabajo se expone, se deriva del carácter colectivo de los sistemas que estas poblaciones han utilizado y construido de forma intergeneracional. El derecho colectivo al agua, que no niega su faceta individual, es clave para el funcionamiento del sistema indígena. La creación de responsabilidades, obligaciones, derechos y sanciones imbricadas en sus prácticas consuetudinarias alrededor del agua, genera incentivos y límites en el comportamiento de sus integrantes y trasciende un enfoque únicamente material como bien escaso y transable; este recurso está además íntimamente ligado a su subsistencia<sup>16</sup>. En otras palabras, en lo que concierne a las poblaciones indígenas se debe prestar especial atención a las condiciones fácticas y legales en las que se encuentran, dado que integran un grupo con dificultades materiales y formales para ejercer este derecho, asociado además a las diferencias culturales que poseen con relación a las poblaciones mayoritarias o hegemónicas. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo:

---

14 OACNUDH, *Folleto informativo No. 35, El derecho al agua*, Ginebra, 2011, pág. 26. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35Sp.pdf>, a octubre de 2013.

15 Anaya, James, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en: Charters, Claire, y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, Copenhague, 2010, págs. 194-209.

16 Urteaga, Patricia, “El derecho colectivo al agua”, en: Urteaga, Patricia, y Rutgerd Boelens (eds.), *Derechos colectivos y políticas hídricas en la Región Andina*, IEP y Walir, Lima, 2006, págs. 113-158; Boelens, Rutgerd, “Amenazas, defensa y afirmación de los derechos colectivos en la gestión del agua”, en: *ibidem*, págs. 11-46.

The right to water is violated if governments fail to take adequate steps to safeguard the cultural identity of various ethnic or religious groups. Examples include the destruction, expropriation or pollution of water-related cultural sites by state or no-state actors, or the offering by state authorities of land titles to individual members of indigenous peoples when these peoples traditionally take a collective approach to using property and attendant water resources, thereby threatening the cultural identity and existence of the entire group<sup>17</sup>.

Asimismo, la OACNUDH menciona que, con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación, para el caso de los pueblos indígenas puede ser necesario reforzar sus costumbres y tradiciones para garantizar su acceso al agua y protección de sus recursos hídricos naturales<sup>18</sup>. Por esta razón, con su protección en tanto derecho humano se fortalece la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su destino sobre la base de sus propias visiones de desarrollo e identidad, protección que, estará limitada por el mismo marco internacional de los derechos humanos.

En contextos de competencia y presión hídrica como los actuales, es necesario analizar de forma integral los problemas que surjan con relación al agua sin entramparnos en esencialismos o modernismos,

---

17 Salmón, Elizabeth, y Pedro Villanueva, “Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua”, en: Guevara Gil, Armando (ed.), *Derechos y conflictos de agua en el Perú*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Walir y Concertación, Lima, 2008, pág. 183. En esa misma línea de ideas, el Segundo Foro Mundial de Agua llegó a la conclusión de que “habiendo examinado los documentos del Foro, las poblaciones indígenas y sus características y sistemas de valores, conocimientos y prácticas han sido ignoradas en el proceso de la Visión Mundial del Agua. La sesión concluye que hay necesidad urgente de corregir este desequilibrio en el pensamiento vigente por medio de la activa integración de las mujeres y hombres indígenas en las fases subsiguientes, empezando por el Marco de Acción”. Boelens, Rutgerd, “Aguas locales, políticas culturales y leyes universales: la gestión hídrica indígena frente a la legislación nacional y las políticas de participación”, en Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *El agua y los pueblos indígenas*, UNESCO, París, 2007, pág. 49.

18 OACNUDH, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos*, ONU A/HRC/6/3, 2007, párr. 24.

reconociendo las respuestas que se den desde las esferas locales indígenas a través de sus marcos institucionales, para lograr convergencias y acuerdos sostenibles. De este modo, el derecho colectivo al agua fortalecería la operatividad de políticas de agua de forma menos discriminatoria, que no perjudique a las poblaciones indígenas, y aseguraría su mejor aplicación desde el Derecho oficial, dando espacio al entendimiento y a la posibilidad de evaluar las características positivas, oportunidades y desafíos en la gestión comunitaria, la naturaleza instrumental de las prácticas culturales y los esquemas consuetudinarios indígenas. De ahí que Gelles, por ejemplo, en el caso de las poblaciones andinas, ponga

[...] énfasis de entender a la comunidad como el lugar clave para la producción cultural andina y para el manejo del agua de riego. Claramente, hay allí una fuerte base material y espiritual para la forma de vida y las orientaciones culturales andinas, una base que tiene fundamentos sólidos en una antigua infraestructura y en bien desarrollados entendimientos que unen el paisaje sagrado con la producción, la comunidad, la propiedad comunal y la identidad cultural<sup>19</sup>.

Del mismo modo, en un estudio realizado por integrantes del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas en Australia, se resaltó que:

Los indígenas australianos han mantenido durante largo tiempo una estrecha asociación con el mar y sus recursos para la subsistencia, el sustento económico, la espiritualidad y la identidad cultural. Esa asociación está suficientemente corroborada por datos arqueológicos y antropológicos. Los pueblos indígenas no hacen distinción entre tierra y mar y consideran que ambos forman parte del territorio. Esta perspectiva discrepa marcadamente de la visión general, recogida en el ordenamiento jurídico australiano, según la cual existen

---

19 Gelles, Paul, "Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las naciones andinas", en: Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *Agua y Derecho: políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*, IEP y Walir, Lima, 2006, pág. 113.

límites donde la conceptualización indígena ofrece una comprensión geográficamente integrada de la tierra, los ríos, los estuarios, las playas, los arrecifes, los mares, los cabos, el fondo marino y su flora y fauna correspondientes. Los lugares significativos y las rutas de los seres ancestrales se extienden a las aguas, la flora y la fauna fuera de la costa y forman parte del sistema de justicia y tradiciones que conecta a los indígenas australianos con el territorio marítimo<sup>20</sup>.

En este contexto, es importante puntualizar que para anteponer el diálogo a las perspectivas unitarias en los espacios multiculturales es necesario reconocer como interlocutores válidos a los pueblos indígenas. Es imprescindible la existencia de un sustrato mínimo común dentro de la organización contemporánea de los Estados para que el contrato social sea suscrito y legitimado por el agregado humano, y permita la existencia de ciudadanos y ciudadanas dialogantes que mantengan, generen o modifiquen su comportamiento y relación con el entorno. Ello contribuirá a revelar que muchos de los usos consuetudinarios y las propias identidades locales de los pueblos indígenas pueden ser compatibles con esquemas contemporáneos de desarrollo<sup>21</sup>.

---

20 Smith, Carsten, y Michael Dodson, *Informe sobre los derechos de pesca de los indígenas en los mares, con estudios de casos en Australia y Noruega para el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*, ONU E/C.19/2010/2, 2010, párr. 28. En esa misma línea observar, por ejemplo, el caso del estado de Victoria en Australia, el cual enmendó su Constitución en 2004 con el propósito de reconocer “al pueblo indígena victoriano como el custodio originario de la tierra y su condición singular de descendiente de los primeros pobladores de Australia; su relación espiritual, social, cultural y económica con sus tierras y aguas ancestrales dentro de Victoria, y su aportación única e insustituible a la identidad y el bienestar de este estado”. Informes presentados por Australia de conformidad con el artículo 9 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial: informes periódicos 15o., 16o. y 17o., 2010, documento de Naciones Unidas CERD/C/AUS/15-17, párr. 114.

21 En Australia, por ejemplo, algunas comunidades indígenas han desarrollado exitosamente *join ventures* con empresas de diverso tipo. En Canadá, determinadas comunidades indígenas se han beneficiado del desarrollo de proyectos previa consulta y diálogo transparente. Cfr. Rivera, Francisco, y Karine Rinaldi, “Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos”, en: *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año III, No. 4, Cejil, San José, 2008, pág. 89.

### **3. Criterios para la protección jurídica del derecho al agua con relación a los pueblos indígenas dentro del SIDH**

El SIDH – concretamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la (Corte IDH), como órganos de protección –, ofrece algunas oportunidades para desarrollar el contenido y alcance jurídico de este derecho. La elección de esta vía no implica afirmar que sea el mejor mecanismo para la protección del derecho humano al agua con relación a las poblaciones indígenas; naturalmente la existencia de otros instrumentos y órganos locales, regionales e internacionales deben ser tomados en cuenta en las valoraciones de cada caso específico.

Se parte de la consideración de que el reconocimiento y desarrollo del derecho humano al agua con relación a los pueblos indígenas dentro del SIDH, permitiría avanzar en la construcción de herramientas para el acercamiento a estrategias inclusivas y coordinadas de políticas públicas sobre este recurso. Así, los Estados contarían con conceptos mejor definidos y enfoques más precisos para el cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre esta materia, y las poblaciones indígenas tendrían a su alcance mayores elementos jurídicos para la protección de sus derechos y libertades.

A continuación se plantearán los criterios sustantivos relacionados con el derecho que nos ocupa, que eventualmente se podrían utilizar en el marco del SIDH.

#### **a. Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos: CADH**

La protección del ser humano ha supuesto que los Estados vayan adquiriendo obligaciones internacionales mediante la suscripción y ratificación de instrumentos de derechos humanos. En los últimos cincuenta años se han desarrollado de manera sustancial una serie de cuerpos normativos internacionales relacionados al respeto y garantía de la dignidad de las personas, comprometiendo así la gestión de todas

las ramas del poder público a los fines del tratado. Al sostener que los tratados internacionales de derechos humanos se basan en la idea de la protección de la persona humana se admite el carácter progresivo y expansivo de estos derechos, ya que estas garantías aparecen como escudos frente a las formas con que la arbitrariedad y autoritarismo buscan expresarse. El desarrollo de los derechos humanos ha devenido en su reconocimiento cada vez más amplio, de acuerdo a su evolución y a las necesidades de los tiempos.

Las diferentes circunstancias que, como sociedades, encontramos en el tiempo, configuran el surgimiento de necesidades nucleares, la reordenación de prioridades y la redefinición de conceptos. Para enfrentarlos se requiere la implementación de instituciones adecuadas, como condición indispensable para acercarse a la aspiración del ser humano como ser libre, dotado de ciertas atribuciones para el respeto de su dignidad. Por ello, el desarrollo jurídico y principalmente, el de los derechos humanos, debe tomar en cuenta y revisar de manera continua estos cambios, ciclos y perspectivas, a la luz del objeto y fin de los cuerpos normativos relacionados con la materia. Ello significa que los órganos competentes realicen una interpretación valorando de manera rigurosa, objetiva y proporcional, los conceptos y soluciones vigentes para los problemas emergentes. Para el expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez:

Esta relectura del ordenamiento internacional, a la luz del objeto y fin del tratado – que se concentran en la tutela más amplia de los derechos humanos – y bajo el apremio de circunstancias renovadas, ha llevado a precisar evolutivamente el significado de los preceptos convencionales sin extraviar el rumbo de la Convención ni alterar su signo fundamental. Por el contrario, éstos se han afirmado y fortalecido. La relectura de los textos --característica de los tribunales constitucionales en el sistema nacional y de los tribunales convencionales en el internacional-- permite mantener al día la tutela de los derechos y responder a las novedades que aporta el desarrollo en las relaciones entre el individuo y el poder público<sup>22</sup>.

---

22 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones

En el caso de la CADH, la Corte IDH, como su máximo órgano jurisdiccional, ha tenido que evaluar y explorar el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales allí contenidos en sus más de tres décadas en ejercicio de funciones. Esta encomiable tarea no ha estado libre de críticas e intensos debates, propios de las decisiones de un tribunal internacional y su facultad para declarar la responsabilidad de un Estado por violaciones de derechos humanos. En esa línea es que adquiere vigencia e importancia el concepto sustentado por la Corte IDH al establecer que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>23</sup>. Con el mismo énfasis ha establecido que “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”<sup>24</sup>. La formulación de estos criterios ha sido consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29 de la CADH.

Precisamente, para determinar la protección del derecho al agua a través de los órganos de protección del SIDH reviste especial importancia el mencionado artículo 29, sobre todo en cuanto a las protecciones especiales para los pueblos indígenas, ya que éste proporciona el marco mediante el cual se realiza la interpretación del sentido y alcance de los derechos recogidos en el tratado. Por esta razón, y como fue mencionado anteriormente, es importante no perder de vista que los tratados de derechos humanos crean

---

y costas, de 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 1.

23 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 146; Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), *Caso de Loizidou v. Turquía*, decisión de 1995, párr. 71; CEDH, *Caso de Airey v. Irlanda*, sentencia de 1979, párr. 26; CEDH, *Caso de Dudgeon v. Reino Unido*, sentencia de 1981, párr. 60; Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental)*, opinión consultiva de 1971, párr. 53.

24 Corte IDH *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr.106.

obligaciones objetivas para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, en lugar de construir derechos subjetivos y recíprocos entre Estados<sup>25</sup>. A este efecto, vale resaltar que las disposiciones e instrumentos de protección de derechos humanos se enmarcan dentro de un sistema que incluye valores y fines concretos, como lo es lograr la efectiva tutela de los derechos consagrados en los mismos y brindarles un tratamiento adecuado. De lo contrario, estas herramientas jurídicas quedarían como compartimientos estancos y representarían eslabones aislados, sin generar efectos en sus destinatarios. En ese sentido, consideramos que el criterio de sistema integral, en cuanto conjunto de normas de protección de los derechos humanos, debe estar siempre presente a la hora de interpretar sus efectos y aplicarlas a un caso concreto. Recordando lo manifestado por la Corte IDH:

[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)<sup>26</sup>.

Así mismo, ha señalado que el:

[...] ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de manera tal que la interpretación no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención<sup>27</sup>.

---

25 Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, OC-2/82 1982, párr. 29; CEDH, *Caso Irlanda v. Reino Unido*, sentencia de 1978, párr. 239; CIJ, *Reservas sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva de 1951, párr. 12.

26 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, sentencia de fondo de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 192.

27 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 295, párr. 42.

La realización de una eficaz protección de los derechos humanos representa el objeto y fin de la CADH, por ello, la interpretación que se haga de ella debe otorgarle su pleno sentido y permitir que el sistema de protección a cargo de sus dos principales órganos adquiera lo que se denomina como “su efecto útil”<sup>28</sup>.

La búsqueda de la protección de los derechos humanos no debe ser obstruida de manera injustificada hasta el punto de perder de vista el espíritu del *corpus juris* del DIDH, que se orienta a la protección del ser humano y a la reparación de las víctimas, quienes han sufrido los embates de actos arbitrarios. Si bien las exigencias materiales deben ser cumplidas con precisión y de buena fe por los Estados parte, la salvaguarda de un derecho humano aún no contenido de manera expresa en la CADH no debe ser rechazada *in limine*. Por el contrario, la necesidad de su valoración a luz de los hechos del caso y del resguardo del equilibrio entre la defensa de los derechos humanos, la seguridad jurídica y equidad procesal, se torna fundamental para cumplir con el fin último del sistema y el aseguramiento de la confiabilidad y estabilidad de la tutela internacional.

En la siguiente sección se analizará la viabilidad y posible construcción jurídica para la protección del derecho bajo análisis a la luz del artículo 29, principalmente a través de los incisos b), c) y d), los cuales prohíben que se interpreten los derechos y libertades contenidas en la CADH de manera que se excluya o limite: i) el goce o ejercicio de derechos reconocidos de acuerdo con las leyes internas del Estado y con otras convenciones de que el mismo sea parte; ii) aquellos que puedan derivarse de la forma democrática de gobierno, y iii) los efectos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) u otros actos internacionales de la misma naturaleza.

---

28 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares de 16 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 30.

**b. Protección del derecho humano al agua con relación a los pueblos indígenas, a partir de la interpretación conjunta de los derechos a la propiedad, a la vida y a la personalidad jurídica contenidos en la CADH**

El derecho al agua de los pueblos indígenas y los sistemas de acceso y manejo que se desprenden de éste mediante arreglos institucionales construidos a través del tiempo, se enfrenta con diversos problemas de negación, discriminación, usurpación y destrucción desde el Estado y diferentes agentes externos, que generan una serie de conflictos sobre el recurso hídrico. Por lo general, la práctica recurrente produce un debilitamiento de las estructuras socioeconómicas de estos grupos y de la libertad de decidir sobre su propio desarrollo, según sus costumbres e identidades culturales. A partir de allí es que debe ser evaluada la confrontación con otros derechos y la implementación de políticas públicas que afecten ese recurso natural<sup>29</sup>.

Es importante recordar que el derecho al agua no se encuentra expresamente recogido en la CADH ni en ningún tratado del ámbito interamericano. Las situaciones emergentes y los contextos en los que este derecho ha surgido son de reciente discusión. Hoy en día, el *corpus juris* referido al derecho al agua, relacionado con los pueblos indígenas, se ha generado, principalmente, a partir del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), donde las diversas estrategias y planteamientos desarrollados vienen reflejando un orden internacional fortalecido sobre la materia. De lo anterior se desprende, como pregunta inicial, si los órganos de protección de los derechos humanos del SIDH podrían tutelar un derecho no consagrado expresamente en la CADH. Los mecanismos de interpretación existentes, la labor de estos

---

29 Para Rodolfo Stavenhagen: “las desigualdades estructurales que llevaron históricamente a la enajenación de sus derechos y dignidad humanos [de los pueblos indígenas] están profundamente enraizadas en la sociedad contemporánea, a pesar de las recientes reformas legales en muchos países, y sus efectos aún siguen existiendo y determinando las vidas de los pueblos indígenas”. Stavenhagen, Rodolfo, “Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva”, en: Charters, Claire, y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas...* pág. 374.

órganos de protección de derechos humanos y el paulatino desarrollo de esta materia, nos permiten llegar a una respuesta afirmativa.

Si nos tuviéramos que atener estrictamente al derecho positivo, las vallas montadas desde el voluntarismo estatal y la interpretación textualista, poco se hubiera avanzado en la conquista de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos. En definitiva, menores hubieran sido los avances en la consecución del respeto y garantía de la dignidad como característica ontológica inherente a la persona humana. Así, la ausencia del reconocimiento expreso de un derecho humano, como el derecho al agua, en la CADH, como principal instrumento interamericano de protección de los derechos humanos, o alguna Constitución, como norma jurídico-política cúspide del ordenamiento jurídico de un país, no impide *prima facie* su reconocimiento y tutela jurisprudencial.

Los derechos humanos surgen como condición inseparable de la persona humana en tanto ser dotado de dignidad, y se materializan progresivamente en atención a ciertas exigencias y cambios de distinta índole en las estructuras sociales. Bajo esta perspectiva, el derecho al agua no corresponde a una entrega discrecional o contractual del Estado, al contrario, surge como parte de la necesidad de garantizar efectivamente la libertad e igualdad en el goce de derechos de los pueblos indígenas con el resto de la sociedad, normalmente mayoritaria y excluyente<sup>30</sup>.

---

30 Stavenhagen la expresa de la siguiente manera: “el hecho es que los indígenas continúan sufriendo un grave déficit de derechos humanos. No disfrutaban en la práctica, de todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en la misma medida que otros miembros de la sociedad. [...] Si los mecanismos clásicos de protección de los derechos humanos (acceso igual a los tribunales, justicia imparcial, defensoría eficiente) no han funcionado o, al menos, no funcionaron bien para los pueblos indígenas, entonces debemos buscar otras causas para la desigualdad que no son formalmente institucionales sino que están más profundamente enraizadas en la historia y las estructuras sociales de la sociedad nacional. La causa subyacente en este caso es el racismo étnico y la discriminación contra los pueblos indígenas, que son fenómenos multidimensionales que hay que enfrentar a distintos niveles”. *Ibidem*, págs. 383-384.

El desarrollo jurídico de este derecho y la construcción propuesta de ningún modo suponen alcanzar el reconocimiento jurídico del derecho al agua dentro del SIDH vía una interpretación aventurera o caprichosa: se requiere de un cuidadoso despliegue interpretativo de las disposiciones de la CADH para obtener su protección. Esta interpretación debe respetar necesaria y obligatoriamente los lineamientos otorgados por el mismo Sistema para legitimar su reconocimiento y consecuente salvaguarda. Por ello, la construcción que se desarrolle no debe desvirtuar el espíritu del instrumento normativo sino reflexionar sobre las consecuencias materiales y formales que se originen, así como respetar, con el rigor del caso, el marco establecido para el fin que se propone. Esto permite, además, velar por la seguridad jurídica, que garantiza no sólo la estabilidad del SIDH, sino la certeza en las obligaciones a las cuales se comprometieron los Estados parte.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido transitando en esta línea a partir de la función ordenadora en materia de derechos humanos de la CADH, como un cuerpo *in toto*, sobre los países que la han ratificado. En su labor de intérprete, este tribunal se ha visto en la obligación de ir definiendo el contenido y significado vigente de las normas para dar una respuesta adecuada al objeto y fin del tratado. A manera de ejemplos, se puede nombrar el reconocimiento del derecho a la verdad<sup>31</sup>, el reconocimiento del derecho a la asistencia consular<sup>32</sup>, la garantía del derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas<sup>33</sup>, el reconocimiento del principio de igualdad

---

31 Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 128.

32 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 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 137.

33 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 133.

y no discriminación<sup>34</sup> y el acceso a la justicia<sup>35</sup> como dominio del *jus cogens*, así como las medidas especiales de protección hacia los niños y niñas según el artículo 19 de la CADH<sup>36</sup>, la violación de la personalidad jurídica por el delito de desaparición forzada<sup>37</sup> y el derecho a la identidad<sup>38</sup>, entre otros. Por otra parte, a nivel interno y, en específico, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional (TC) ha derivado, mediante la interpretación constitucional, por ejemplo, garantías sustantivas para la consagración de derechos no positivados, entre ellos el derecho a la verdad<sup>39</sup>, la objeción de conciencia<sup>40</sup>, la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas<sup>41</sup>, el derecho al agua potable<sup>42</sup>, entre otros.

Al margen de las consideraciones jurídicas particulares, favorables o detractoras, sobre la labor interpretativa desplegada para cada derecho, no puede negarse esta facultad a la luz ya sea del marco convencional o constitucional. Por ello aquí se sostiene que, luego de un análisis objetivo y riguroso, la consagración jurisprudencial de otros bienes jurídicos fundamentales de la persona es medular para no comprometer la vigencia y goce efectivo de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, con relación

---

34 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 101.

35 Corte IDH, *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 131.

36 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 28.

37 Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr.101.

38 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones de 22 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 122.

39 TC, expediente No. 2488-2002-HC/TC (2004) párrs. 13 y 14.

40 TC, expediente No. 0895-2001-AA/TC (2002) párrs. 5 y 6.

41 TC, expediente No. 4972-2006-PA/TC (2006) párrs. 8, 10 y 13. Para el caso de comunidades indígenas ver TC, expediente No. 04611-2007-PA/TC (2010) párrs. 22-26.

42 TC, expediente No. 06534-2006-PA/TC (2007) párr. 17.

a los desafíos que las nuevas situaciones presentan como parte de la evolución de las sociedades y la exigencia del reconocimiento y tutela de dichos derechos. En todo caso, la irrupción en el orden jurídico del fenómeno de los derechos humanos ha logrado imponer un nuevo paradigma en el Derecho, orientando la solución de los casos de un modo garantista hacia la persona humana como sujeto de derecho.

La inclusión jurídico-formal del derecho al agua en algún instrumento que otorgue competencia a los órganos de protección del SIDH para tutelar su vigencia sería deseable, dado que permitiría una protección más exacta y útil, disminuyendo cualquier ambigüedad, duda o incertidumbre jurídica que pudiera surgir sobre su aplicación, además de facilitar la generación de obligaciones jurídicas específicas. Sin embargo, esta ausencia, no torna jurídicamente imposible su tutela. El derecho al agua de los pueblos indígenas podría ser amparado a través de una lectura conjunta de los derechos expresamente reconocidos en los artículos 21, 4.1 y 3 de la CADH a la luz del marco de interpretación dado por el artículo 29 del mismo tratado.

El planteamiento formulado en esta investigación es una de varias posibles alternativas, dado que otros derechos expresamente reconocidos y con cierto margen de desarrollo y discusión, tales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y equilibrado, a la cultura, a la libre determinación o a la prohibición de la discriminación racial o étnica, también pueden ayudar a amparar el derecho bajo análisis<sup>43</sup>. En todo caso, ello no perjudica la presente formulación, más bien coadyuva a una mejor definición del derecho al agua y mejora los mecanismos existentes de protección. En conjunto, las protecciones consagradas en los artículos 21, 4.1 y 3 de la CADH pueden dar cuenta implícita de la existencia del derecho colectivo al agua con relación a los pueblos indígenas. Un análisis de los mismos hecho a la luz del SUDH y del SIDH, apoya esta posición.

---

43 Getches, David, "Using International Law to Assert Indigenous Water Rights", en: Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity*. Earthscan, Londres, 2010, pág. 259-279.

Por un lado, el derecho a la propiedad se encuentra consagrado en el artículo 21<sup>44</sup> de la CADH. La Corte IDH tuvo que interpretar y definir los alcances de este artículo para resolver los conflictos relacionados con los casos de pueblos indígenas contra los Estados, sobre la propiedad de sus tierras y recursos naturales. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido ir consolidando un marco jurídico internacional sobre la materia, aunque el camino trazado requiere mayor profundización y análisis ante cuestiones aún complejas y claves para el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

Del análisis de los casos contenciosos resueltos por la Corte IDH sobre la materia, se observa que ésta ha ido precisando varios puntos centrales. Desde el primero de los casos este tribunal ha reconocido que:

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>45</sup>.

Teniendo esto en cuenta, el tribunal ha manifestado que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su

---

44 “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”.

45 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua...* párr.149 y *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párr. 90.

comunidad<sup>746</sup>. Al analizar el derecho a la propiedad vinculada a las poblaciones indígenas, la Corte IDH ha utilizado el artículo 29.b de la CADH para no limitar su goce y ejercicio, es decir, ha tenido que observar aquellas disposiciones internacionales vinculadas al derecho de propiedad de las poblaciones indígenas y el derecho interno<sup>47</sup> de los países demandados en los casos contenciosos. Así, al resolver los diferentes casos contenciosos, ha considerado la importancia del vínculo y especial relación que existe entre los pueblos indígenas y sus territorios, en tanto que dicha relación va mucho más allá del aspecto económico o productivo pues estos lugares representan el espacio donde desarrollan su historia, sus prácticas culturales y sus creencias espirituales<sup>48</sup>. A luz de este marco, la Corte IDH ha entendido que:

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas<sup>49</sup>.

Por ello, ha considerado de manera justificada que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido

---

46 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 120.

47 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 88 y 89.

48 También lo ha analizado en el procedimiento de medidas provisionales (Corte IDH, *Medidas provisionales sobre el Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador*, resolución de la Corte de 17 de junio de 2005, párrs. 9 y 12) y al otorgar reparaciones (Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de reparaciones de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116, párrs. 85 y 86).

49 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 154.

que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal<sup>50</sup>.

Por su parte, la CIDH, al desarrollar el contenido de dicho derecho y en atención a las particularidades de cada caso contencioso, ha ido entendiendo que el artículo 21 también salvaguarda los recursos naturales que las poblaciones indígenas tradicionalmente han utilizado como parte de su territorio<sup>51</sup>. En palabras de la Corte IDH:

[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad<sup>52</sup>.

En ese sentido, si tomamos como premisa que el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas contenido en el artículo 21 de la CADH, protege tanto la propiedad de las tierras como el dominio de los recursos naturales allí encontrados, se puede desprender que el agua en tanto recurso natural se encuentra también protegido por esa norma. A la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>53</sup> y la Declaración de las Naciones Unidas sobre

---

50 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua...* párr. 148.

51 CIDH, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, párrs. 179-272.

52 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párr. 122.

53 Ver artículo 15.1.

los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI)<sup>54</sup>, se entiende que éstos tienen derecho a utilizar, conservar y administrar los recursos naturales relacionados a su supervivencia física, económica y cultural. Este primer acercamiento significa que con relación al derecho al agua, en lo que a su acceso y uso se refiere, las poblaciones indígenas adquieren un tratamiento específico por tratarse de un componente fundamental en sus formas de vida.

El derecho al agua con relación a las poblaciones indígenas significa la protección colectiva de formas locales de uso que se han erigido a través de la historia y las culturas, esto en tanto resguarda sus propias lógicas comunicativas, las estructuras de sus prácticas sociales y económicas, y el diseño de su vida en comunidad. Se ha dicho que el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos cuando se lo observa en su relación con las poblaciones indígenas, por tanto requiere de un acercamiento específico para la salvaguarda del mismo en conexión con otros derechos vitales para la supervivencia de dichos grupos. En esta línea de pensamiento, para la CIDH el derecho a la propiedad del artículo 21 de la CADH:

[...] debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de sus derechos de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente<sup>55</sup>.

Por otro lado, para determinar la posibilidad de limitar el derecho colectivo de las poblaciones indígenas, resultarían aplicables las

---

54 Ver artículos 25 y 26.

55 CIDH, *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo v. Belice*, caso 12.053, informe de fondo 40/04, 2004, párr. 115.

salvaguardas esgrimidas por la Corte IDH en el caso *Saramaka v. Surinam*. Así, los Estados deben consultar activamente con las poblaciones según sus costumbres y tradiciones, y en ciertos casos, se necesitará el consentimiento informado. Éstas también deberán beneficiarse razonablemente cuando se trate de la implementación de proyectos de inversión y se requerirá de la elaboración técnica e independiente de estudios previos de impacto social y ambiental sobre las medidas que implican la limitación del derecho<sup>56</sup>. En ese sentido, por ejemplo, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de dieciocho comunidades del pueblo indígena maya en el Estado de Guatemala, en mayo de 2010. Con ellas solicitó al Estado guatemalteco que suspendiera la explotación minera del proyecto Marlin e implementara medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental. Solicitó, entre otras cosas, adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las dieciocho comunidades beneficiarias y asegurar el acceso a agua apta para el consumo humano de los integrantes de dichas comunidades<sup>57</sup>. Por su parte, el Comité de expertos de la OIT, preocupado por esta situación, llamó la atención sobre el caso en su informe anual sobre las convenciones y recomendaciones, instando al Estado guatemalteco a que suspendiera las actividades de explotación en la mina Marlin hasta que se realizara el proceso de consulta con las poblaciones afectadas<sup>58</sup>.

De esta manera, se utiliza el derecho a la propiedad para resguardar los recursos naturales contenidos en las tierras indígenas por tratarse de elementos esenciales para el goce del bien jurídico tutelado. Sin embargo, la aplicación *strictu sensu* del derecho a la propiedad en su concepción *jus civilista*, donde se conjugan varias garantías tales como el uso o la enajenación del bien en su titular, corre el riesgo

---

56 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párrs. 124-140; CIDH, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales...* párr. 180.

57 CIDH, *Medidas Cautelares a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos*, Guatemala, MC 260/07, 2010.

58 Galvis, María Clara, “Consulta, consentimiento y veto”, en: Aporte DPLF, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, No. 14 Año 3, 2010, pág. 12.

de no proteger efectivamente el disfrute del derecho al agua de las comunidades indígenas, ya que este último se subsumiría como cualquier bien pasible de apropiación dejando de lado los particulares componentes que posee y que lo convierten en un derecho con contenido jurídico propio, por ello se realiza el análisis conjunto con los derechos contenidos en los artículos 4.1 y 3 de la CADH.

El derecho a la vida se encuentra recogido en el artículo 4<sup>59</sup> de la CADH y sobre el mismo, de manera sostenida, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que comprende el acceso a condiciones que permitan una existencia digna, por lo que los enfoques que limiten el goce de dicho derecho no son admisibles<sup>60</sup>. Ello ha significado que este derecho comprometa la satisfacción mínima de ciertas condiciones sociales y culturales para el respeto de la dignidad de las personas dentro de la jurisdicción de los Estados parte, de lo contrario se les privaría de los elementos necesarios para desarrollarse en la sociedad y subsistir dignamente. Esta orientación ha permitido puntualizar las acciones que razonablemente deberían emprender los Estados para prevenir los riesgos que amenacen el derecho a la vida, según los términos mencionados<sup>61</sup>.

Bajo esta perspectiva, el análisis de las acciones u omisiones que son atribuibles a los Estados para garantizar las condiciones que permitan una existencia digna de las personas bajo su jurisdicción, dependiendo de las circunstancias en las que éstas se encuentran, sirve para valorar la violación del contenido del derecho a la vida en una faceta garantista de la persona humana. Al vulnerar arbitrariamente el derecho colectivo al agua de las comunidades indígenas, se

---

59 Artículo 4 (1) de la CADH: “Derecho a la Vida. 1. 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 [...]”

60 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala...* párr. 144.

61 Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” v. Paraguay*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 161 y 174; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 163.

afecta indefectiblemente el derecho a la vida de cada integrante de la comunidad y su desarrollo como colectivo según sus propias costumbres, en tanto que se les impediría el acceso a condiciones para que se desarrollen como pueblos diferenciados<sup>62</sup>. Dicho de otro modo, al aceptar que la identidad de las personas indígenas se compone de su convivencia comunitaria y relación íntima con el hábitat en el que se desarrollan, el agua adquiere un sentido importante dentro de los esquemas y conceptos que se van construyendo dinámicamente a través del tiempo. El acceso y control del agua representa un requisito fundamental para su sustento fisiológico, económico, social y cultural. En última instancia, se afecta el derecho a la vida, ya que se limitaría el derecho a vivir según sus propias instituciones consuetudinarias y según sus particulares formas de ver y actuar en el mundo, lo que en definitiva afecta el proyecto de vida de cada uno de los integrantes de la población indígena, y desconoce el desequilibrio y disrupción que en ellos representa dicha vulneración.

El hecho de tener que interpretar una nueva realidad impuesta, distinta a sus arreglos institucionales consuetudinarios, y aceptar el control arbitrario sobre el recurso hídrico utilizado ancestralmente, atenta contra la garantía del derecho a la vida, ya que no sólo amenaza su subsistencia fisiológica por limitar el acceso a agua limpia y su relación con la producción alimentaria (pesca y agricultura, por ejemplo), sino que además podría llegar a limitar el destino que libremente elijan por la disrupción en sus relaciones y la coacción de convertirlas en “poblaciones modernas” según las reglas y definiciones dominantes. Con la vulneración al derecho al agua las poblaciones indígenas corren el riesgo de vivir la desidentificación y el desconocimiento de su propio fundamento, de todo lo propio. Bajo ese

---

62 De acuerdo a la Corte IDH: “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”. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 162.

entendido, no hay posibilidad de que se haya respetado el desarrollo natural de su vida, en tanto que se ven obligados a construir otras identidades para poder sobrevivir bajo el esquema impuesto.

Con esta desarticulación no sólo se impone una marca perdurable en ellas, sino que es una amenaza a la propia existencia de la comunidad y a la vida de sus integrantes. La imposibilidad de crecer con sus propias prácticas culturales y la necesidad de construir sus vidas sobre premisas probablemente incongruentes con sus concepciones, desarticula las características que los identifican, viéndose obligados a vivir de un forma distinta a sus pautas culturales y hasta generando situaciones de pobreza y desabastecimiento que a su vez provocan dependencia asistencial<sup>63</sup>. En este marco el derecho al agua adquiere especial relevancia para las poblaciones indígenas por estar relacionado directamente con el pleno goce del derecho a la vida, abarcando las condiciones de una vida digna. La ruptura de su relación simbiótica con el agua y la tierra ejerce un efecto perjudicial en la vida misma de estas personas. En esa línea de ideas, la Corte IDH ha establecido que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>64</sup>.

---

63 La Corte IDH ha considerado “que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos” Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay...* párr. 263.

64 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 135.

El desarrollo cultural en tanto forma de vida, es un componente fundamental en la identidad de las personas. En el caso de las poblaciones indígenas este representa de manera cardinal el sustento de su desarrollo como pueblos diferenciados al mantener la dinámica étnica entre sus miembros. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha establecido que:

[...] no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural [...] [la cual] puede guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen minoría<sup>65</sup>.

El ejercicio de la vida cultural se define en las actuaciones de las diferentes formas de vida, enraizadas en aspectos históricos, religiosos, espirituales, sociales, entre otros, que se tienen en común con los demás integrantes del grupo determinado<sup>66</sup>. En atención a ello, el alcance jurídico del derecho a la vida de las personas indígenas que se daría en estos términos, corresponde a garantizar que no se quiebre arbitrariamente su cultura como forma de vida particular. Esto adquiere mayor solidez al observar los considerandos de la DNU DPI cuando:

Reconoc[e] la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos<sup>67</sup>.

Del mismo instrumento se desprende la prohibición de someterlos a una asimilación forzada o a la destrucción de su cultura, generando la

---

65 CDH, *Observación General No. 23: Derechos de las minorías*, artículo 27, ONU CCPR/C/21/REV.1/ADD.5, 1994, párrs. 1 y 3(2).

66 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001, párr. 5.

67 DNU DPI, 2007, párr. 7.

obligación de crear mecanismos para prevenir todo acto que genere la desposesión de sus tierras y recursos o que los prive de su integridad como pueblos distintos<sup>68</sup>. El derecho al agua en su dimensión colectiva formaría parte sustantiva de aquellos derechos que sostienen y dan sentido a las poblaciones indígenas como tales, por tanto al vulnerarlo se afecta la vida en comunidad de sus miembros.

Recientemente, la Corte IDH ha declarado que:

[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización<sup>69</sup>.

En ese sentido, el derecho a la vida asume una dimensión crucial al tomarse en consideración los aspectos culturales y esquemas socioeconómicos de las comunidades indígenas, que están estrechamente ligados con el agua como elemento transversal a la vida de los miembros de estas comunidades. Esto no puede ser dissociado de su personalidad jurídica para ejercer sus derechos en el ámbito internacional y local. Esta situación nos lleva a plantear la vinculación del derecho a la personalidad jurídica con el goce efectivo del derecho al agua.

La CADH recoge el derecho a la personalidad jurídica en su artículo 3<sup>70</sup>. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que “el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de

---

68 Ibidem, artículo 8.

69 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 217.

70 Artículo 3 de la CADH: “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes<sup>71</sup>. El Estado, como garante del reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas bajo su jurisdicción, está obligado a proveer las condiciones necesarias para que se pueda hacer efectivo el ejercicio de ese derecho, en especial, para aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación<sup>72</sup>. Esto se relaciona directamente con uno de los aspectos más significativos reconocidos por la DNUDPI y el Convenio 169 de la OIT, referido al derecho a la libre determinación, según el cual los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”<sup>73</sup>. El mismo “responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo a determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten”<sup>74</sup>.

Del mismo modo, el artículo 1 común al PIDESC y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Programa de Acción de Viena, han reconocido de manera específica el derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas<sup>75</sup>. La libre determinación constituye un requisito fundamental para que los pueblos indígenas puedan gozar plenamente de sus derechos humanos, especialmente de aquellos que pueden ejercerse colectivamente, como sucede con el derecho al agua en los términos que hemos planteado. Desde este punto de vista, el derecho a la personalidad jurídica, en tanto condición *sine qua non* para poder ejercitar derechos y obligaciones en el marco

---

71 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

72 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay...* párr. 189.

73 DNUDPI, artículo 3. Ver también, Convenio 169 de la OIT, artículo 7(1).

74 Anaya, James, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ONU A/HCR/12/34, 2009, párr. 41.

75 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, ONU A/CONF.157/23, 1993, párr. 20.

jurídico-político, constituiría un elemento fundamental a la hora de evaluar las vulneraciones al derecho al agua de las poblaciones indígenas, en atención a la libertad que ellas poseen para decidir sobre su uso y control.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las poblaciones indígenas se encuentra estrechamente relacionado con la posibilidad de decidir sobre sus propios asuntos, dado que les permite articular sus intereses y gozar de sus derechos y libertades fundamentales en tanto pueblos diferenciados. La personalidad jurídica de las poblaciones indígenas representa un parámetro para determinar la titularidad de sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. En atención a ello, las características del derecho al agua encontrarían amparo en el derecho a la personalidad jurídica reconocido en la CADH en el sentido de salvaguardar, frente al derecho interno e internacional, la posibilidad de articular legítimamente sus intereses y necesidades con relación al agua y no ver vulnerado este derecho frente a la política oficial o actos de terceros.

De lo anterior se desprende que no tomar en cuenta el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad como tal, limitaría las posibilidades de que los miembros de los pueblos indígenas gocen y ejerzan el derecho al agua de conformidad a sus instituciones consuetudinarias y tradiciones ancestrales. Además, es importante subrayar que si bien la violación del contenido del derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas no necesariamente vulnera su personalidad jurídica en sentido estricto, dado que podría darse el escenario en que exista un reconocimiento formal de la titularidad de dichas poblaciones y la posibilidad material para exigir el respeto y goce de sus derechos; en la búsqueda de cautelar su libre determinación con relación al agua, es decir, sus facultades operativas y participativas, se entiende si existiría una limitación de su titularidad en el sentido de que la violación a su personalidad jurídica se daría no por la imposibilidad de exigir el derecho ante las autoridades correspondientes, sino por ver socavadas las facultades operativas y participativas antes descritas, en tanto titulares de las mismas.

En definitiva se trata de establecer quién y sobre qué se puede realizar una exigencia en el plano jurídico. La capacidad jurídica de gozar colectivamente del derecho al agua y reclamar las violaciones que se dieran contra él se relaciona entonces, directamente con el derecho a la personalidad jurídica consagrado en la CADH.

A nivel interno existen algunos avances importantes relacionados a los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha declarado en la sentencia SU-039/97 sobre el caso de la comunidad U'wa, que “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, [...]”<sup>76</sup>. En el mismo sentido podemos resaltar lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el expediente No 04611-2007-AA/TC, con relación a la comunidad Nativa Sawawo Hito 40, donde reconoce a la comunidad como titular de derechos fundamentales en general, y que cualquier miembro de la comunidad tiene legitimación activa para cautelar estos derechos fundamentales con implicancias colectivas<sup>77</sup>.

Así, el ejercicio colectivo de derechos, como es el caso de las poblaciones indígenas, adquiere operatividad y resguardo al garantizar su personalidad jurídica<sup>78</sup>. Por ello, amparar el derecho al agua a través del contenido desarrollado del derecho a la personalidad jurídica es coherente con el deber de los Estados de no limitar la capacidad de

---

76 Corte Constitucional de Colombia, SU-039/97, 1997, párr. 3(1).

77 TC, expediente No. 04611-2007-PA/TC, 2010, párrs. 25, 27 y 30.

78 Por ejemplo, el CDH, en sus observaciones sobre los informes presentados por los Estados parte relativos a la puesta en marcha del PIDCP, ha señalado para el caso de México, que: “El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se debe tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación”. CDH, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto: México*, ONU CCPR/C/79/Add.109, 1999, párr. 19.

supervivencia de los pueblos indígenas, no sólo en sentido físico o biológico sino a la de vivir según sus características culturales, sociales y económicas que los definen como pueblo<sup>79</sup>.

### **Consideraciones finales**

El reconocimiento de la existencia del derecho al agua y la posibilidad jurídica de su exigibilidad, son presupuestas que cada vez adquieren mayor fortaleza. Ello implica la generación de obligaciones por parte de los Estados, encaminadas a respetarlo y garantizarlo. Estas obligaciones se derivan del marco internacional y constitucional jurídico que permite hacerlo exigible. La construcción conceptual realizada en este texto permite abordar la concreción de este derecho, con relación a los pueblos indígenas.

El derecho al agua tiene la calidad de derecho humano en tanto representa condición indispensable para el respeto de una vida digna para la persona humana, ya sea en su dimensión individual o colectiva. El surgimiento de este derecho en tal calidad significa su necesaria protección para la realización de valores consustanciales y universales a los seres humanos.

Si bien el estado actual de entendimiento y estudio internacional del derecho al agua no es tan prolijo como en otros casos – presentándose muchas veces difuso en su avance académico y jurisprudencial por no encontrarse expresamente recogido como tal en algún tratado o convenio internacional –, la interpretación y posicionamiento del tema en varias esferas y ámbitos de discusión abre las puertas para seguir trabajando por su concreción jurídica. Esto es más crítico con relación a las comunidades indígenas, pues al ser un grupo en situación de vulnerabilidad, las aproximaciones oficiales no necesariamente respetan sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, limitando su propia libertad como grupos diferenciados y amenazando el disfrute de sus derechos.

---

79 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 37.

Se puede concluir que el derecho al agua, visto desde las especificidades de las comunidades indígenas, adquiere suma relevancia tanto para su subsistencia física y económica para su libre desarrollo como pueblos, como para el proyecto de vida de sus integrantes. Mermar la capacidad creadora de las personas indígenas a través de concepciones y políticas que les incorporan funcionalmente sin un reconocimiento genuino, acaba congelando su dinámica local.

La protección del derecho al agua de los pueblos indígenas a través de la interpretación sistemática de instrumentos y documentos jurídicos, podría ser una herramienta útil para salvaguardar el respeto de su dignidad. Esto en tanto que el amparo internacional del derecho estudiado fortalecería la libre determinación de esas poblaciones para el acceso y uso del agua de acuerdo a sus prácticas consuetudinarias, ya sea para satisfacer sus necesidades vitales o particulares intereses económicos, sociales y culturales, lo que en definitiva promovería un ejercicio más libre y pleno de sus derechos y libertades fundamentales, como condición de una vida digna.

La reflexiones anteriormente vertidas han implicado cuestionar algunos paradigmas y quizás desafiar linderos. En definitiva, se ha intentado precisar conceptos, integrar premisas, desentrañar conflictos y ponderar razones a través de la aplicación de principios y reglas suministradas por el marco normativo de los derechos humanos, con el fin de obtener, por lo menos, una meridiana claridad en el panorama planteado y desarrollar a partir de ello los presupuestos del trabajo, el cual se presenta necesariamente inacabado, abierto a formulaciones contrarias o complementarias que permitan contrastar el análisis y estudio de las ideas planteadas con el fin de garantizar una vida más libre y digna de las poblaciones indígenas en el mundo.

# Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Carlos Morales Sánchez\**

## 1. Planteando el problema

Durante la vigencia del Código Penal de Martínez de Castro – promulgado el siete de diciembre de 1871, y que entró en vigor el 1 de abril de 1872 y fue abrogado en 1929 – en la República mexicana los juicios penales se desahogaban de manera oral. A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, antes de la invención de la televisión y la radiodifusión, las personas habitantes de la Ciudad de México acudían a los juzgados a presenciar los juicios como forma de esparcimiento. El último juicio oral basado en el Código Penal de 1871 tuvo lugar en 1929. A partir de ese año, dieron inicio los procedimientos penales escritos bajo la vigencia del Código Penal de Almaraz, que está vigente a nivel federal hasta la fecha.

En los juicios escritos (o tradicionales), el agente del Ministerio Público (fiscal) recibe una denuncia por escrito e inicia una averiguación previa; si logra la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, ejercerá **acción penal** ante el juez correspondiente, quien emitirá una orden de aprehensión que será

---

\* El autor es un abogado de la comunidad indígena zapoteca del Istmo de Tehuantepec, Oaxaca, México. Es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Ha sido Defensor Público Federal en el Instituto Federal de Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación y Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Seguridad Pública de Oaxaca. Ha escrito diversos artículos sobre defensa pública; como Defensor Público Federal realizó litigios estratégicos ante la Suprema Corte de Justicia de México.

ejecutada por la Policía Ministerial. Efectuada la detención, una vez que el probable responsable esté internado en la cárcel, el juez iniciará el procedimiento en sus diversas etapas: pre-instrucción, instrucción y juicio, y emitirá sentencia bajo las reglas del procedimiento escrito. Recientemente, y ante la imposibilidad de continuar sosteniendo la vigencia del anquilosado procedimiento escrito, algunas entidades federativas del Estado mexicano han dado un viraje: Chihuahua (2006), Oaxaca (2007) y, posteriormente, Nuevo León, Zacatecas y el Estado de México. En dichos estados se ha iniciado la implementación de un sistema acusatorio adversarial, denominado comúnmente “juicios orales”. También de manera reciente, el Estado mexicano ha admitido que es imposible continuar con el anquilosado enjuiciamiento escrito y ha ordenado, en la reforma constitucional de 2008, que para el año 2016 todas las entidades federativas y la Federación deberán implementar los juicios orales.

Es pertinente señalar que durante la actual vigencia del procedimiento escrito, la persona enjuiciada debe enfrentar el procedimiento en prisión y la única posibilidad de obtener la libertad durante el juzgamiento es mediante el pago de una caución, y sólo si el delito no es grave. Si lo es grave no existe la posibilidad de obtener la libertad. En materia federal, los delitos “graves” están catalogados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. En el fuero común, las codificaciones estatales establecen su listado de delitos graves. Esta regla general acepta una excepción: en los lugares donde ya se ha implementado el sistema acusatorio adversarial es el **juez de control** o **juez de garantías** quien determina, a petición del Ministerio Público, la medida de coerción que habrá de imponer, pudiendo ser o no la prisión preventiva.

En el presente trabajo se pretende demostrar que, en el marco del procedimiento escrito que aún está vigente en México, la aplicación inexorable de la prisión preventiva cuando se trata de delitos graves es anti-convencional, porque: 1) viola el principio de presunción de inocencia, ya que la prisión preventiva se traduce en la ejecución de una pena cierta sobre una persona cuya **culpabilidad** es incierta;

2) conforme a la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha hecho del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>1</sup>, en lo relativo a la presunción de inocencia, los Estados tienen la obligación de no restringir la libertad de las y los ciudadanos, salvo que la persona enjuiciada pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia<sup>2</sup>; 3) la norma convencional está incorporada al derecho interno mexicano y es aplicable de manera inmediata bajo el riesgo de actuar irrespetando la convencionalidad, y 4) cuando el Estado mexicano somete a una o un ciudadano a la prisión preventiva sin que previamente se hayan demostrado los dos requisitos establecidos en la interpretación de la Corte IDH, es procedente el juicio de amparo porque se viola una norma convencional.

## 2. Generalidades

En apariencia, existe un acuerdo generalizado sobre la presunción de inocencia, que en su principal aspecto significa que la persona acusada no tiene el deber de probar su inocencia, porque la prueba de su culpabilidad debe ser llevada a juicio por quien lo acusa<sup>3</sup>. Es, como dice Carlos Bernal Pulido, la institución jurídica más importante con la que cuentan las personas particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado cuando ejerce el *ius*

---

1 Conocido como “Pacto de San José” depositario OEA. Lugar de adopción: San José, Costa Rica. Fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981, adhesión. Aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, general; 24 de marzo de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*: jueves 7 de mayo de 1981. Última modificación *Diario Oficial*: 17 de enero de 2002, aprobadas por el Senado el 10 de diciembre de 2001. Decreto por el que se aprueba el Retiro Parcial de las Declaraciones Interpretativas y de la Reserva, que el Gobierno formuló al párrafo 13 del artículo 12 y al párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2 Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de fondo de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)>, a octubre de 2013.

3 Ojeda Velásquez, Jorge, *Derecho Constitucional Penal*, Tomo I. Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 669.

*puniendi*, que, como consecuencia, no sólo es un principio propio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre<sup>4</sup>.

*Prima facie*, nadie bajo el riesgo de ser beneficiario del calificativo de autoritario, podría admitir la aplicación selectiva o relativa del principio de presunción de inocencia: en algunos casos sí y en otros no. Este principio no es una garantía que pueda confrontarse con otras para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unas y quedando limitada en otras. No es una entre otras libertades: es el fundamento ético del proceso penal. Sin embargo, aun cuando generalmente se admite lo anterior, cuesta trabajo comprender por qué durante la vigencia de todas las constituciones del México independiente, se permitió (y se sigue permitiendo en los lugares donde aún tiene vigencia el procedimiento escrito) la aplicación de la prisión preventiva que es una indudable violación al principio de presunción de inocencia, en cuanto se traduce en el castigo anticipado de una persona que puede o no resultar culpable. La verdad es que se acostumbra tanto la aplicación cotidiana de la prisión preventiva, que hoy parece **normal** que una persona sea separada de su entorno social y reducida a la condición de presa sin condena. Las generaciones venideras nos juzgarán con dureza no sólo por permitir la violación, sino también porque ni siquiera nos pareció grave esa afectación a los derechos humanos.

Luigi Ferrajoli sostiene que todo el pensamiento liberal clásico acabó justificando la prisión preventiva por diversas “necesidades” o “meras conveniencias”, ya fuera el peligro de fuga, el riesgo de obstaculización de las pruebas, la simple gravedad del delito y la necesidad de prevención o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal<sup>5</sup>. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo

---

4 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, primera edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 369.

5 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición. Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 552.

en revisión 1028/96, el 13 de enero de 1998, también acudió a las necesidades aludidas por Ferrajoli y justificó, además, la prisión preventiva como un sacrificio de un bien menor por un bien mayor:

Hay quienes sostienen que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional, por lo que no está en contradicción con la garantía de audiencia; sin embargo, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue que de su carácter provisional. **Sus fines son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.** Por tanto, existe en este caso una preponderancia del interés social al particular. (El resaltado es del autor)

Ferrajoli no está de acuerdo con ninguna razón para justificar el aprisionamiento preventivo. Y va más allá:

Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y este es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser<sup>6</sup>.

Es necesario decirlo con claridad: en la construcción de las “necesidades justificatorias” se advierte un prejuicio: se estima correcto juzgar a una persona aprisionada de manera preventiva porque se prejuzga que es culpable, que se fugará, que causará un daño al ofendido, que causará un daño **irreparable** a la sociedad. Se encierra a alguien porque se prejuzga que así se vivirá en paz<sup>7</sup>. Se olvida que esta idea primordial – de

---

6 Ibidem, pág. 559.

7 Voltaire exclamaba hace dos siglos: “quién le obliga a esta desobediencia. Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarlo en un calabozo horrible; no permitís el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya le hubieseis juzgado culpable. Los testigos que deponen contra él son oídos secretamente. Sólo los ve un momento en la confrontación... ¿Cuál es el

acuerdo a Ferrajoli – es “precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal, que no sirve, como se ha dicho para tutelar a la mayoría, sino para proteger incluso contra la mayoría, a los individuos que aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables”<sup>8</sup>.

### 3. Los tratados internacionales como fuente de normas de derechos humanos

Podría sostenerse que el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales – que viola sin posibilidad de paliativos<sup>9</sup> el principio de presunción de inocencia con relación a aquellas personas a las que se le atribuya alguno o algunos de los delitos ahí enumerados – no es inconstitucional porque su contenido sólo reglamenta la libertad provisional establecida en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Ley Fundamental – que preconiza que en los juicios del orden criminal, la persona acusada tendrá derecho a obtener su libertad exhibiendo una garantía siempre que no se trate de delitos en que la concesión de ese beneficio esté prohíba expresamente, por su gravedad.

Sin embargo, no es así. Los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano exigen que la interpretación y aplicación de las normas se realicen no solamente desde la perspectiva del derecho interno, sino que es necesario tomar en cuenta los tratados internacionales que forman parte del derecho interno, en los términos del artículo 133 constitucional. No se debe olvidar, por otra parte,

---

hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse?” Citado por Ferrajoli en *ibidem*, pág. 558.

8 *Ibidem*, pág. 562.

9 Desde otra perspectiva, podría pensarse que la posibilidad de obtener libertad provisional respecto de delitos no graves condicionada a la exhibición de una caución, reduce la violación a la presunción de inocencia al universo limitado de los delitos graves. No es así. La violación al principio existe también tratándose de delitos no graves porque nadie debería estar obligado a exhibir alguna garantía de su libertad cuando no se ha demostrado su culpabilidad. Empero, la posibilidad de obtener la libertad a cambio de una garantía económica hace **tolerable** la violación.

que la interpretación se rige, entre otros, por el principio de la unidad sistemática que fuerza a reconocer simultáneamente la validez de todos los preceptos que integran un ordenamiento jurídico, de modo que la norma penal guarde coherencia tanto con las otras normas penales como con el resto de las normas jurídicas<sup>10</sup>.

A propósito, conviene tener presente que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, los previstos en el artículo 20, son derechos mínimos de los gobernados, y constituyen el piso del edificio constitucional, no el techo. Esto significa que pueden ser ampliados – no restringidos – por los tratados internacionales o la legislación secundaria<sup>11</sup>.

El tribunal más alto del país, actuando plenariamente, admitió en la ejecutoria del amparo en revisión 1475/98<sup>12</sup> promovida por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo<sup>13</sup>, la posibilidad de que los tratados internacionales amplíen el régimen establecido en las garantías individuales:

---

10 Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al Derecho Penal*, primera edición. Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002, pág. 64.

11 Así, no podría considerarse inconstitucional el artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que otorga a los pueblos indígenas personalidad jurídica de derecho público, por ir más allá del artículo 2 de la Constitución Federal que sólo otorga a esas comunidades el carácter de entidades de interés público. De igual manera, no podría sostenerse válidamente que el artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece la libertad bajo protesta – la que se otorga sin mediar garantía económica – sea contrario al artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal, que exige para la procedencia de la libertad provisional el otorgamiento de caución. Estas normas de derecho interno no son inconstitucionales porque amplían los derechos establecidos constitucionalmente.

12 Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. Esta ejecutoria generó la tesis aislada: *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal.*

13 En la que estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (que dice: “En cada dependencia sólo habrá un sindicato”) va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece la libre sindicación, y para ello tuvo que definir la jerarquía normativa de los tratados internacionales.

Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata, en el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados.

Es importante hacer la reiteración: conforme a lo expuesto, los instrumentos internacionales ratificados por México – entre los que se encuentran la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>14</sup>– pueden ampliar, mejorar o extender el régimen de protección de derechos humanos de la Constitución, y ello obliga al Estado mexicano a ampliar la esfera de libertades de las y los gobernados o lo compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles. La incorporación de tales normas a la Constitución es automática, sin que sea necesario que medie una disposición legislativa.

#### 4. ¿Cómo opera la maximización?

En la ejecutoria que definió la jerarquía de los tratados, el tribunal constitucional también estableció que los tratados que mejoran o amplían garantías individuales deben considerarse **constitucionales**:

---

14 Depositario ONU. Lugar de adopción: Nueva York, EUA. Fecha de adopción: 16 de diciembre de 1996. Vinculación de México: 23 de marzo de 1976. Adhesión. Aprobación del Senado 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, general; 23 de junio de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*; miércoles 20 de mayo de 1981. Fe de erratas; 22 de junio de 1981. Última Modificación *Diario Oficial*: 16 de enero de 2002. Retiro parcial de la reserva que el gobierno de México formuló al artículo 25, inciso b).

En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, **deben considerarse como constitucionales**. (El resaltado es del autor)

Este criterio llevó al investigador Manuel Becerra Ramírez a afirmar que lo resuelto por la Suprema Corte permite deducir que los tratados internacionales que amplían los derechos humanos, están al mismo nivel que la Constitución Federal:

[...] esa postura de la SCJ es sumamente trascendente, ya que significa que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es posible ampliar la esfera de derechos de los gobernados. Es comprensible que en esta hipótesis, la incorporación de tales normas a la Constitución sea automática, sin que medie una disposición legislativa. Si hablamos de una jerarquía podemos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podrían colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarlas. Esta postura de la Corte viene a completar la disposición del artículo 15 constitucional, que prohíbe la celebración de los tratados en los que se alteren las garantías y el derecho establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano<sup>15</sup>.

La reforma del 10 de junio de 2011 aporta mayor claridad, al haber incorporado de manera expresa la noción de “derechos humanos”, abandonando la vieja noción de garantías individuales para ampliar el marco de protección, y establecido el control de la convencionalidad. La jerarquía normativa ordinaria queda de la siguiente manera: la norma constitucional se ubica en el punto culminante de la pirámide

---

15 Becerra Ramírez, Manuel, “Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Amparo en Revisión 1475/98”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Julio-Diciembre de 2000, pág. 175.

kelseniana, el tratado internacional que prevé derechos humanos al mismo nivel de la ley fundamental y abajo del tratado la ley federal.

La importancia de lo anterior se traduce en que:

- a. El artículo 20, apartado A, fracción I, de la norma-cúspide establece el derecho mínimo: para la procedencia de la libertad provisional se exige que el delito no esté calificado como grave, por el contrario, sí el delito lo está, el inculcado no podrá obtener su libertad provisional bajo caución.
- b. El artículo 8.2 de la CADH (norma que se ubica inmediatamente debajo o al mismo nivel de la norma-cúspide), según la autorizada interpretación de la Corte IDH<sup>16</sup> en el caso *Suárez Rosero v. Perú*, ha considerado que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que el estado tiene el deber de no restringir la libertad personal del enjuiciado salvo que éste pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia:

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

**De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y**

---

16 Como referente de derecho comparado menciono que la Corte Suprema de la Nación Argentina en el fallo 315:1492-7 de julio de 1992, Caso *Ekmekdian v. Sofovich y otros*, dejó una estela marcada en la aplicación directa de la CADH: “20. [...] debe tenerse presente que cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. [...] 21. Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (artículo)1”.

**que eludirá la acción de la justicia**, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general** (artículo 9.3) En caso contrario **se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.** (El resaltado es del autor)

Esta norma de génesis internacional debe ser leída simultáneamente con el artículo 20, apartado A, fracción I, y opera de manera automática en el sistema interno.

- c. Por debajo de la CADH se encuentra el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece el catálogo de delitos graves. Este artículo restringe de manera absoluta el principio de presunción de inocencia porque impide que las personas enjuiciadas por delitos graves puedan obtener la libertad caucionada.

Como puede apreciarse la CADH (en conexión con el PIDCP), al definir los alcances del principio de presunción de inocencia, amplifica el contenido del derecho que a los procesados otorga el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución mexicana, al establecer el deber del Estado de no restringir la libertad del ciudadano, salvo que se demuestren las dos hipótesis mencionadas.

Es evidente que tales instrumentos regulan con mayor prodigalidad el régimen de la prisión preventiva en México: mientras que el artículo 20, apartado A, fracción I, exige para la procedencia del derecho a obtener la libertad provisional: a) la petición del inculpado, b) que el delito no sea grave y c) que el enjuiciado exhiba caución

que estará integrada por el monto de las obligaciones procesales, el monto de la reparación del daño y la sanción pecuniaria; los instrumentos internacionales exigen de manera casuística solamente la demostración, por la parte acusadora, de que el inculpado pretende evadirse y entorpecer el desarrollo del proceso.

El derecho a enfrentar el proceso en libertad en México está maniatado por la condición de que el delito atribuido no sea grave. La existencia del catálogo de delitos – que no admiten la posibilidad de la libertad caucional – contraviene el PIDCP<sup>17</sup> y la CADH por dos razones:

- Porque permite que la prisión preventiva sea la regla general y no la excepción.
- Porque establece la imposibilidad del otorgamiento de la libertad caucionada por los delitos *graves*.

En efecto, ninguno de los instrumentos internacionales establece la posibilidad de negar el derecho a obtener la libertad caucionada tratándose de determinados delitos, por el contrario, establecen que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que la libertad de las personas – sin indicar límites – podrá estar subordinada a la exhibición de garantías, de donde se advierte, *contrario sensu*, que a la luz de la CADH, el derecho a obtener la libertad bajo exhibición de garantías es procedente respecto de **todos** los delitos. Conforme al control de convencionalidad, la aplicación del tratado internacional autoriza, por ser superior en la jerarquía normativa, a dejar de aplicar el artículo 194, sin mayores requisitos. La jerarquía de la CADH

---

17 El PIDCP señala “9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Y señala, además, que: “14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

implica la prevalencia sobre las normas que se les contrapongan y primacía de aplicación sobre las mismas.

## **5. La procedencia del amparo indirecto**

El órgano encargado de la investigación de los delitos – en acatamiento a la consideración de que las personas sujetas a proceso por delito grave *per se* no tienen derecho a la libertad provisional bajo caución, y ante el desconocimiento de lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos –, nunca recaba en la indagatoria (ni la ofrece en el proceso) prueba que demuestre que la persona inculpada pretende evadir la acción de la justicia o impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones del proceso, para fundar la negativa al otorgamiento de la libertad cuando se trata de delitos graves.

En ese sentido, en el ejercicio defensivo resulta conveniente solicitar la libertad provisional bajo caución a favor de personas procesadas por delitos graves, con el argumento de que no están demostrados los requisitos que exige la CADH para privar de la libertad a una persona. Así, es necesario, promover el amparo indirecto, solicitando la aplicación del control de la convencionalidad. Es procedente el amparo porque, conforme a las reformas del 10 de junio de 2011, el juicio de amparo también tiene como finalidad la protección de los derechos humanos previstos en tratados internacionales, es decir, existe la obligación de ejercer el control de la convencionalidad.

## **6. La resistencia de las autoridades judiciales para la aplicación de los tratados**

Existe la percepción generalizada de la resistencia de la autoridad judicial a la aplicación de los tratados internacionales<sup>18</sup>. Las y los

---

18 Luis Pásara, al analizar sentencias de jueces del fuero común del Distrito Federal indica: “En ninguna de las sentencias sometidas a examen en este estudio se encontró la aplicación expresa de una norma constitucional o de una norma de derechos humanos de origen internacional, suscrita y ratificada por México. En el caso del segundo tipo de normas, un factor probablemente explicativo es la falta de conocimiento que, en el ambiente jurídico del país, prevalece acerca de

defensores públicos federales del país constantemente citan los tratados internacionales ante autoridades que generalmente sostienen la prevalencia del dogma de la supremacía del derecho interno sobre el externo<sup>19</sup>. Algunos jueces omiten considerar la aplicación del tratado internacional y que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Imer B. Flores, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, lo explica con palmaria claridad:

[...] son compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Por esta razón, se requiere tanto que el presidente – como el jefe de Estado – celebre un tratado, como que el Senado – como representante de los intereses de las entidades federativas – lo apruebe. Ciertamente, los Estados, como los demás miembros de la comunidad internacional, tienen libertad para adquirir mayores deberes al firmar tratados, pero no pueden ignorar tales obligaciones adquiridas libremente. A partir de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic standibus*, los tratados deben cumplirse de buena fe, salvo que las condiciones cambien sustancialmente. De la misma manera, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado<sup>20</sup>.

---

los instrumentos internacionales que México ha ratificado”. Pásara, Luis, “Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, págs. 31 y 32.

- 19 Jaime Cárdenas Gracia indica que: “Estamos en un proceso de cambio y desde el derecho pocas veces advertimos que existen categorías jurídicas tradicionales que obstaculizan los procesos de comprensión de las nuevas realidades. Hay algunos dogmas del derecho constitucional que han tenido en México, desde hace mucho tiempo, su traducción más burda, simplista y mecanicista [...] Son conceptos y categorías que unidimensionalizan la realidad jurídica, la empobrecen y la reducen [...] y que acaban por transformarse en un instrumento del *statu quo*, en una herramienta ideológica que mantiene la correlación de las fuerzas políticas, sociales y económicas, que hace del derecho un obstáculo al cambio y no un promotor de él”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Remover los dogmas”, en: *Cuestiones Constitucionales*, número 6, pág. 18.
- 20 Flores, Imer B. “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista*

Víctor Bazán, estudioso del sistema internacional de los derechos humanos, al hacer referencia al problema de la vinculación de los tratados internacionales con el derecho interno, afirma que son numerosas las razones para profundizar la discusión sobre el asunto en tratamiento, y agrega:

[...] entre ellas figura el reciente cambio de apreciación jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del rango de los tratados internacionales *vis-á-vis* el derecho interno; la particular percepción evidenciada en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su potencialidad operativa para ampliar el plafón de derechos y libertades de la persona contenido en el texto constitucional, lo que supondría (expresado en términos figurados lo que sigue) una declaración *a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales que vinculen un ensanchamiento protectorio (“en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles”) frente a la norma constitucional, situación que – más allá de consentir la posible “incorporación” automática de aquellos al material constitucional – deja al descubierto la opción axiológica adoptada por el tribunal a favor de la entronización de la pauta *pro homine favor libertatis* y, por último, la firme presunción en el sentido de que la postura de la Corte generará un realce cualitativo del vigor de los tratados internacionales, según el caso, como parámetros de constitucionalidad o legalidad, respectivamente, de la normativa infraconstitucional<sup>21</sup>.

Desde otra perspectiva, podría considerarse que los razonamientos expuestos en este ensayo tienen su más fuerte oposición en la tesis que expresa:

**Prisión preventiva. Es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecida constitucionalmente. Si**

---

*Mexicana de Derecho Constitucional*, número 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pág. 242.

21 Bazán, Víctor, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un análisis de derecho comparado*, primera edición. Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 83.

bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad<sup>22</sup>.

Tal aseveración resultaría incorrecta porque la tesis citada es anacrónica: fue elaborada en 1998, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni siquiera había reconocido la existencia implícita del principio de presunción de inocencia en el sistema constitucional (2001), ni había establecido la jerarquía normativa de los tratados, ni la Constitución había aceptado la posibilidad de que las normas del derecho internacional de los derechos humanos ampliaran las garantías individuales (1999), ni se había incorporado la noción de derechos humanos a la Constitución (2011). Es evidente que el desarrollo actual en la interpretación jurisprudencial y la actual integración de la Corte, hacen necesario un nuevo debate sobre el tema.

---

22 Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos, 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

## 7. Comentario final

La posibilidad de que las personas procesadas por delitos graves obtengan la libertad provisional bajo caución no deja la puerta abierta a la impunidad y a la afectación de la seguridad pública. No es así porque el Estado de Derecho supone, necesariamente, que el poder del Estado debe estar sometido al derecho: al derecho interno (la Constitución, la ley, etc.) y al derecho internacional, específicamente el que reconoce los derechos humanos, es decir, el derecho internacional de los derechos humanos<sup>23</sup>.

Considerar que la **maximización** de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia se opone a la seguridad pública constituye – como lo advierte Sergio García Ramírez – un falso dilema:

En este orden desordenado, se pretende montar el más falso y peligroso dilema: derechos humanos o seguridad pública. Una sociedad exasperada por la creciente delincuencia no vacilaría en optar, a ciegas por la seguridad pública, a costa de la decadencia de los derechos humanos. Ese sería el producto de la siembra de una idea ominosa: la seguridad pública tiene un enemigo: las garantías individuales<sup>24</sup>.

No hay que olvidar – dice en otra parte el citado autor – que “las revoluciones comienzan demoliendo cárceles y liberando presos”<sup>25</sup>.

El otorgamiento de la libertad provisional para todos los delitos con base en la CADH no afectaría la seguridad pública, sólo incrementaría los estándares de fundamentación y motivación de la

---

23 Rey Cantor, Ernesto, et al, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Temis e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Colombia, 2005, pág. 239.

24 García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso México”, en *Estudios Jurídicos*. UNAM, México, 2000, pág. 384.

25 *Ibidem.*, pág. 700.

---

actuación ministerial: el Ministerio Público deberá demostrar en cada caso los requisitos establecidos en el sistema internacional de los derechos humanos, es decir, que la persona inculpada pretende eludir la acción de la justicia y entorpecer las investigaciones. Sólo así se tomará a la convencionalidad en serio.

# El fuero indígena en Colombia

*Rafael Ángel Ramírez Restrepo\**

## Introducción

El presente es un texto de carácter jurídico que tiene el fin de facilitar a las y los defensores públicos la atención a las personas indígenas, en virtud de su competencia para actuar en las primeras diligencias ante los jueces de control de garantías o, de ser el caso, de remitirlas a las autoridades indígenas correspondientes. Supone una definición del concepto de “indígena” que toma en consideración la visión del fuero territorial o geográfico, así como del fuero personal, y la posibilidad de la persona indígena de renunciar al mismo. A partir de ello se determinará la competencia de la justicia ordinaria o indígena.

La determinación de la competencia es fundamental en la asistencia judicial de los integrantes de las comunidades indígenas, pues de ella dependen los soportes legales y constitucionales. Este tema es de relevancia actual en la medida de que en Colombia existe un conflicto de competencias sobre la investigación y juzgamiento de las personas indígenas que han violado el estatuto punitivo penal (Ley 599 del 24 de julio de 2000, con sus reformas) fuera de sus resguardos o sus comunidades, pues conservan su fuero personal y territorial o geográfico. La persona indígena infractora de la ley penal

---

\* Abogado Universidad de Medellín, especializado en Derecho Penal y Criminalística y en Legislación Ambiental de la Universidad de Medellín; especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia; candidato a Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; estudiante de la Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Santo Tomás; Defensor Público adscrito a la Oficina Especial de Apoyo y Capacitación de la ciudad de Medellín, Antioquia. Expositor internacional de la organización académica ITESIS PERU; miembro honorario del Colegio de Abogados del Callao y de Ica, Perú; asesor académico de la Universidad Alas Peruanas, Ica, Perú; miembro honorario vitalicio de la barra de abogados de Morelos, México.

es integrante activa de una comunidad o resguardo determinado; por ello, el gobernador de ese resguardo o comunidad exige a la justicia ordinaria la entrega de expedientes o carpetas de juicio para investigarlas y juzgarlas, ya que, de acuerdo a la vigencia del artículo 246 de la Carta Política, deben ser juzgadas por la justicia indígena.

Este trabajo se respalda en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, apoyo jurisprudencial del defensor público al atender a un usuario indígena. Por la vía de acción de tutela, ésta ha adoptado un tratamiento especial para las personas indígenas, y ha hecho referencia al destierro o desarraigo de la tierra ancestral en los eventos de la sanción impuesta por la comunidad indígena a la cual pertenece la persona infractora, lo mismo que a la confiscación de su parcela, compatible con el tiempo de la sanción. Estas situaciones son posibles gracias a la autonomía de los pueblos indígenas, otorgada por la Carta Política colombiana.

## **1. El carácter multiétnico y pluricultural de la República de Colombia**

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia (CP) de 1991, se dieron a conocer normas que permiten comprender el alcance del carácter multiétnico y pluricultural de este país. La interculturalidad supone interpretar los casos y resolver problemas que no habían sido cotidianos para los jueces ni para las autoridades, que no excluyen la posibilidad de una ampliación de la interpretación de los derechos y, por supuesto, de las medidas concomitantes. Es la seguridad de que toda persona será juzgada de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, así como la garantía de justicia pronta, independiente, eficiente y justa.

La naturaleza multiétnica de la nación colombiana (CP, art. 7) da lugar a la adopción del principio del respeto a la diversidad étnica y cultural. En ese escenario, el Estado colombiano ha admitido la importancia y la inaplazable necesidad de reconocer y garantizar la existencia de comunidades culturales diversas, como elemento esencial para su conservación, permitiendo a las personas y grupos

humanos, “definir su identidad, no como ciudadano, en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos”<sup>1</sup>, como señala la Corte Constitucional colombiana.

El artículo 11 de la CP, siguiendo las tendencias internacionales, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y la interculturalidad, el Estado colombiano se vio enfrentado a un nuevo escenario en donde la bandera de los derechos humanos ha tomado el lugar que tenía la revolución social hace unas décadas. Se trata de una transformación fundamental, porque implicó el paso de un modelo clásico de Estado liberal, en donde la función fundamental del Estado era la protección de la propiedad individual, a un Estado organizado para defender y garantizar la plena realización de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En el contexto multicultural mencionado, el principio de la igualdad ante la ley (CP, art. 13) sufre una transformación importante a partir del reconocimiento del derecho a la diferencia y, en particular, con relación a la adopción del derecho de todas y todos los colombianos a la diferenciación positiva, al adoptar filosóficamente la fórmula del relativismo cultural y del pluralismo jurídico.

## **2. Derechos fundamentales y diversidad étnica y cultural**

Los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la CP, en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por Colombia – como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de

---

1 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – y en parte de la legislación nacional. Éstos incluyen derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de las tradiciones, lengua y cultura, y el otorgamiento de un espacio legal que permita la capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normativa sobre el reconocimiento de la diversidad étnico-cultural no presupone una escisión definitiva entre las comunidades indígenas, reconocidas en su especificidad, y el contexto nacional, ya que si bien los primeros son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, también deben conciliarse con el principio de unidad nacional, manteniendo la coordinación y armonía.

A pesar de que en Colombia existe un catálogo muy extenso de derechos humanos fundamentales, en ocasiones su aplicación se vuelve problemática cuando un derecho fundamental se enfrenta a otro; de ocurrir, esta situación se debe ponderar atendiendo el núcleo esencial de cada derecho. En materia indígena, según ha dicho la Corte Constitucional,

[...] existe una tensión entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal<sup>2</sup>.

En la búsqueda de una solución a esta tensión, la CP no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional: propugna por el respeto a los parámetros valorativos de los distintos pueblos indígenas. Si esto no fuera así, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta. En otras palabras, el derecho a la diversidad étnica y cultural, en el escenario

---

2 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la jerarquía dogmática mencionada, sólo puede verse limitado por la defensa prevalente de los derechos a la vida y a la integridad personal. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional – diversidad, pluralismo – y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural<sup>3</sup>.

La sentencia de la Corte Constitucional T- 496 de 1996 reseñó lo siguiente:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución – directa o indirecta –, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón al fallo que debe proferirse.

### **3. El fuero indígena**

En el plano legal en desarrollo del pluralismo jurídico que promueve la CP, el marco nacional está conformado por el “fuero indígena”, que es una compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas. Una vez declarada la independencia de la República colombiana, el Congreso y el Gobierno expidieron

---

3 Ibidem.

una serie de normas dirigidas a regular los resguardos indígenas y algunas formas de organización social asociadas a los territorios. Con esa finalidad se aprobaron la Ley 1984 de mayo 25; la Ley de Auxilio de los Indígenas, el 3 de agosto de 1824; la Ley 85 del 10 de junio de 1871; la Ley 11 de 27 de abril de 1874, y la Ley 89 de 25 de noviembre de 1890. Estas disposiciones consolidaron el fuero indígena.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 89 de 1890, se profirieron una serie de normas especiales que constituyen el ordenamiento legal indigenista. La normativa del fuero indígena ha sufrido una interesante evolución: parte de una posición abiertamente paternalista, que consideraba a las personas indígenas como menores de edad, sujetas a la tutela del Estado, y pasa lentamente a convertirse en una legislación que propende por la autonomía y la igualdad de derechos y oportunidades, es decir, que les considera ciudadanas y ciudadanos colombianos.

En segundo lugar está la Ley 21 de 1991, que aprueba la ratificación del Convenio 169 de la OIT. La adopción de esta normativa tuvo que ver con la evidencia de que “en muchas partes del mundo [...] los pueblos indígenas [...] no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados nacionales en que viven, y que sus leyes valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”<sup>4</sup>. Al respecto, los literales a) y b) del numeral 2 del artículo segundo del Convenio 169, establece que los gobiernos deberán implementar medidas que “aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación otorga a los demás miembros de la población [...] Y que estos promuevan la efectividad de los derechos, económicos y culturales de estos pueblos sobre la base fundamental del respeto a su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones”.

El magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, expresó lo siguiente sobre el fuero indígena:

---

4 Considerando 5 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva del derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de un ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer de dicho hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora podemos señalar que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad. Y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al territorial, indistintamente para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

#### **a. Criterios para determinar el fuero indígena**

Las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada, de manera que una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. Se ciñen entonces al respeto a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos, y al debido proceso, al igual que al respeto de la diversidad étnico-cultural, ya que a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. Es por ello que la Corte Constitucional determinó

varios criterios para definir el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena:

El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelto en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiera a que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad indígena debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último, se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir, que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico<sup>5</sup>.

Estos elementos, determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena, pueden tener algunas excepciones que debe resolver el juez. En algunos casos, éste deberá ponderar entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escoger si se debe aplicar la normativa nacional o la normativa de determinada comunidad indígena.

Para determinar los componentes del fuero indígena, es importante tener en consideración:

- **¿Qué se entiende por “indígena”?** Es la persona que pertenece a un pueblo y a una cultura indígena, es compartir una comunidad con reglas y valores, que es vernácula (anterior a la llegada de los españoles a América).
- **¿Quién es indígena?** El derecho a ser indígena comienza con la autoidentificación, es decir, la persona se considera indígena y manifiesta respeto por la identidad colectiva, la cosmovisión, la conciencia y la personalidad indígena.

---

5 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996.

- **¿Cuándo se deja de ser indígena?** Si el ser indígena es la manifestación de pertenencia a una colectividad, es decir, la pertenencia a una comunidad, a un pueblo y a una nación indígena, que tiene una continuidad histórica con las sociedades precolombinas, se deja de ser indígena cuando no se preserva, no se desarrolla y no se trasmite la identidad a las generaciones futuras, como base de la existencia continua como pueblos, y se rompe con esos patrones culturales – trajes, medios de vida, estilos de vida, preservación de la naturaleza, idioma –, se desconocen sus instituciones culturales – danzas, jefes, chamanes, médicos – y no se acatan sus sistemas legales – resistencia a la autoridad del gobernador.
- **¿Quiénes definen el fuero indígena?** Cuando el indígena está desarraigado de su comunidad y se encuentra fuera de sus resguardos, es cuando empieza a ser objeto de análisis el fuero indígena. Esta persona sale de su territorio y, a pesar de ello, conserva su fuero personal. Pero es el propio individuo quien resuelve seguir conservando sus patrones culturales o no. Sin embargo, resulta curioso que quien define la calidad de indígena es el operador ordinario colombiano, es decir, el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), por medio de conflictos de competencia, o la Corte Constitucional, por vía de tutela o amparo, descartando la posibilidad de que sean las mismas personas indígenas quienes definen su situación legal.

### **b. ¿Se puede renunciar al fuero indígena?**

La Corte Constitucional ha determinado la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial mediante tres supuestos, a saber:

[...] por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad, y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la

comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen<sup>6</sup>.

Por lo tanto, se puede decir que es posible renunciar a la calidad de indígena y que, además, al no dar cumplimiento a los patrones culturales y desconocer las instituciones culturales y sus sistemas legales, el individuo debe ser relegado de esa calidad. Así, la renuncia a la calidad de indígena conlleva automáticamente la renuncia a la jurisdicción especial indígena y al fuero indígena, ya que ambos son un solo cuerpo y no se podría renunciar a la primera sin hacerlo a la segunda.

Existen, sin embargo, varias apreciaciones sobre el particular, que muestran que no hay acuerdo ni al interior del CSJ –dos criterios diferentes en menos de cuatro meses–, ni tampoco en el caso de la Corte Constitucional, ya que la posibilidad de renuncia al fuero indígena se da precisamente cuando las personas no están o no habitan en los resguardos o comunidades indígenas.

La Corte Constitucional no ha estudiado a profundidad el tema, aunque hay que tener en cuenta que inicialmente la Sala Disciplinaria del CSJ había establecido la imposibilidad de renuncia al fuero por considerar que con ello se vulneraban los principios del juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto y el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia. Sin embargo, en una decisión reciente varía el criterio de su homólogo y no aplica lo consignado por la Corte Constitucional sobre la irrenunciabilidad al fuero.

En un pronunciamiento que se dio al analizar una tutela en la que una integrante del pueblo Puinave, en Guainía – que se había alejado de su pueblo y solicitaba que se anulara una conciliación entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y su pueblo, en la que le quitaron a su hija –, la Corte Constitucional ordenó al ICBF que se iniciaran las labores para recuperar los lazos afectivos entre

---

6 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-001 del 11 de enero de 2012. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao.

la madre y su hija. En dicha sentencia de tutela<sup>7</sup>, el magistrado Juan Carlos Henao Pérez admite de manera tangencial la posibilidad de esa renuncia, ya que afirma que, aunque el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena son irrenunciables, cuando se trata de un integrante de una comunidad indígena que decide renunciar a su condición de indígena en un caso concreto, el juez constitucional deberá tener en cuenta los siguientes parámetros:

- i. Que la renuncia sea definitiva.
- ii. Que sea en desarrollo del principio de autonomía.
- iii. Que no sea utilizada como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria.
- iv. Que se manifieste mediante una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que pertenece.

Sin estos parámetros se limitarían los principios de identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas. Además, no se trata una renuncia a la condición de indígena, sino a la jurisdicción especial y al fuero indígena.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional se apoya en el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas y la minimización de restricciones. En ese sentido, determina que la renuncia a la jurisdicción especial y al fuero indígena no son inescindibles de la calidad de indígena; además, si en el caso concreto no se evidencia que se haya renunciado a la calidad de indígena, no se puede decir que haya renunciado a la jurisdicción especial ni al fuero indígena, es decir, no se le pueden dejar de aplicar. Por otro lado, determinó que las personas indígenas sí pueden renunciar a su justicia, si así lo desean, pero en ese caso también deben hacerlo de su condición de indígenas.

---

7 Ibídem.

Ahora bien, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ, en sentencia de tutela del 18 de octubre de 2012, precisó que el fuero indígena es un derecho irrenunciable, ya que hace parte de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos de esas comunidades. Indicó también que las personas indígenas no pueden elegir por conveniencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, en los casos en que hayan mostrado conductas tipificadas como delitos:

Dentro de su sistema de enjuiciamiento se garantizó el derecho a la defensa, sin que pueda considerarse que haya sido desconocido por el hecho de no haber participado un defensor en el proceso, pues de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad indígena Yaquiwa, es el propio inculpado quien puede ejercer el derecho a la defensa<sup>8</sup>.

Al negar una tutela mediante la que un indígena pretendía ser juzgado por la justicia ordinaria, así como que se revocara la condena a 25 años de prisión impuesta por su comunidad, la judicatura aseguró que en la pena proferida por el Resguardo de Yaquiwa, de Inza, no fue violado el derecho al debido proceso del comunero en mención. El indígena Orlando García Chavaco, quien se encuentra detenido en la cárcel San Isidro de Popayán, fue juzgado mediante el proceso de la jurisdicción especial de su resguardo y hallado culpable por los delitos de hurto, tentativa de homicidio, intento de violación y por pertenecer a una banda criminal. Renunciando al fuero indígena, quiso dejar sin efectos la sentencia que le impusieron los miembros de su resguardo. En esa oportunidad el CSJ expresó:

No es posible que individualmente se pretenda elegir a su juez, soslayando el principio del juez natural, más por factores de conveniencia que de verdadera justicia. La aplicación del derecho indígena y su eficacia se originan en la aceptación de sus autoridades, por ello, resulta algo incomprensible que uno de sus miembros quiera desconocer sus raíces, sus usos y costumbres<sup>9</sup>.

---

8 CSJ de la República de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia 19001110200020120042701 del 18 de octubre de 2012. Magistrado ponente: Pedro Alonso Sanabria.

9 *Ibidem*.

La Judicatura consideró que, aunque la jurisdicción indígena tiene un procedimiento diferente al del proceso ordinario, igualmente está amparado por la CP, y que el fuero indígena como derecho es irrenunciable y hace parte de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos de esas comunidades. Indicó también, que “resulta extraño” que alguien desee renunciar a ellos.

En otro caso, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ asumió una nueva posición jurisprudencial sobre los conflictos surgidos entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, al concluir que los aborígenes sí pueden renunciar al fuero especial que los cobija. La Sala se apartó de la posición asumida por la Corte Constitucional en la sentencia T-001 del 11 de enero de 2012, sobre la posibilidad de que sea el resguardo el que renuncie al derecho de juzgar a sus integrantes, y consideró admisible que el aforado se abstenga de ser procesado por las autoridades de la comunidad a la que pertenece, siempre que esto no tienda a la impunidad, vulnere los derechos de las víctimas o implique apartarse de su identidad cultural. Así las cosas, el aforado puede manifestar su intención de que la justicia ordinaria intervenga en su litigio, sin que esto implique la pérdida de su condición de indígena o esta sea una condición de validez de dicha manifestación de voluntad. Vale la pena mencionar que manifestó que el fuero indígena “es irrenunciable, en el marco de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos y costumbres”<sup>10</sup>. Por lo tanto, la situación de la renuncia o no del indígena a la calidad de ser indígena y que ello no implica la renuncia a la jurisdicción especial y al fuero indígena, queda supeditada a una amplia y discreta interpretación del juez constitucional que resuelva la situación en el caso concreto, y no corresponde a los pueblos indígenas definir esa situación.

---

10 CSJ de la República de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia 11001010200020120199800 del 30 de enero de 2013. Magistrado ponente: Henry Villarraga.

#### 4. El Convenio 169 de la OIT

Como ya se ha mencionado, el Convenio 169 de la OIT fue integrado al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991. El tratado obliga al Estado colombiano a tomar acciones concretas dirigidas a promover, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la autonomía, fundamentado en la consulta previa, el derecho a definir sus prioridades de desarrollo y el derecho a tener sus propias instituciones y autoridades. El artículo 6 de esta ley consagra que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas, mediante los procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas, legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente.

Los componentes esenciales del Convenio 169 son:

- i. Protección de los derechos humanos y especiales de los pueblos indígenas y tribales de países independientes.
- ii. Fortalecimiento del goce de derechos fundamentales por parte de personas que integran los grupos étnicos.
- iii. Promoción del respeto de sus formas particulares de vida, relacionadas con su cultura, cosmovisión, valores, costumbres, creencias, lengua, formas de organización social, de economía, de relación con el entorno, de educación, entre otras.
- iv. Reconocimiento de los vínculos de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, incluida su relación especial con la tierra.
- v. Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en los territorios y a la protección de su relación con estos. Éstos comprenden el de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos que existan en los territorios.

## 5. El carácter público de las decisiones de las comunidades indígenas

Las parcialidades o comunidades indígenas son “entidades públicas de carácter especial, encargadas de proteger a los indígenas”. Su administración corresponde a los cabildos y a las autoridades tradicionales<sup>11</sup>. Esto significa que las autoridades tradicionales indígenas cumplen funciones públicas y, en ese sentido, tienen la condición de autoridades públicas. Es más, respecto de las autoridades tradicionales y los cabildos indígenas la locución “autoridad pública” no es sinónimo de “autoridad administrativa”, porque, si bien cumplen este tipo de funciones, como se desprende de la lectura del artículo 330 de la CP, también lo es que en virtud a lo dispuesto en el artículo 246 de la misma, tienen también funciones jurisdiccionales, administrativas y legislativas.

La principal competencia de las autoridades tradicionales indígenas es la sabiduría, que se expresa en la palabra justicia, debiendo de ser mirada y estudiada a la luz de tres ámbitos: el material (conductas), el personal (sujetos), y el espacial (lugar):

- **Ámbito de validez material.** Se relaciona a las materias que pueden conocer las autoridades indígenas. Sobre este particular resalta que, a diferencia de los demás jueces colombianos, los indígenas tienen competencia material general, es decir, pueden conocer todos los asuntos que puedan llegar a vulnerar la integridad étnica de los pueblos indígenas. Es decir, la jurisdicción especial no se limita al campo del derecho penal.
- **Ámbito de validez personal.** Analiza la competencia atribuida al legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, pues, si bien aún no se ha dado desarrollo legal sobre esta materia, la última parte del artículo 246 de la CP establece la necesaria coordinación

---

11 Consejo de Estado de la República de Colombia, concepto de sala de consulta, 16 de noviembre de 1983.

entre los distintos sistemas. Esta situación puede llegar a generar conflictos de competencia. Para resolver estos conflictos, la Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas básicas<sup>12</sup>:

- Cuando el conflicto jurídico se presenta entre miembros de una misma comunidad y en el territorio de esta (conflicto intraétnico), en aplicación de los llamados fueros territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer las funciones judiciales, sin importar la materia sobre la cual verse el conflicto.
- Cuando el conflicto jurídico se desarrolla entre dos sujetos de distintas comunidades étnicas o culturales, caso en el cual se pueden dar dos situaciones:
  - Cuando la situación jurídica solo es regulada por el ordenamiento nacional, en principio los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran con una persona de otra comunidad cultural tienen la obligación de determinar si el sujeto entendía la ilegalidad de su conducta, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero. En este evento se pueden dar dos situaciones: si el sujeto entendía la reprochabilidad jurídica de su conducta, en principio la situación estará determinada por el sistema jurídico nacional; en caso contrario, el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su cosmovisión y su especial conciencia étnica.
  - En caso de que la conducta sea regulada en ambos ordenamientos, es claro que por la diferencia de racionalidades, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica de la persona y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea devuelto, juzgado y

---

12 Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996.

sancionado conforme al sistema jurídico de su comunidad a través de sus autoridades o por las autoridades nacionales.

- **Ámbito de validez territorial.** La norma constitucional (CP, art. 246) y las normas legales que regulan la materia (Ley 270 de 1996, arts. 11 y 12) determinan claramente que las competencias judiciales de las autoridades de los pueblos indígenas están limitadas en principio a la resolución de los conflictos que se presenten en sus territorios ancestrales.

La estructura que tiene el fin de asumir la discusión, análisis y definición de problemas relacionados con la justicia tradicional indígena es el Consejo de Justicia Indígena (CJI), que funciona por zonas y está integrado por cinco a diez personas. En él participan los integrantes de las comunidades reconocidas. Las personas integrantes del CJI deben pertenecer a diferentes familias; algunas deben ser adultas, otras jóvenes; deben ser elegidas en un encuentro de las zonas y se deben determinar claramente los intereses y niveles de autoridad, para que los problemas se puedan abordar entre todos los participantes, evitando que se contradigan en sus decisiones con el argumento de que se está defendiendo a una familia en particular. Dividen las conductas antisociales en tres grandes bloques:

- **Delitos sociales**, tales como desobediencia, infidelidad, rebelión, homicidio, lesiones personales, entre otros.
- **Delitos culturales.** Se ha orientado a las y los promotores de salud de las comunidades para que, ante denuncias de jaibanismo<sup>13</sup>, maleficios o tomas, examinen a la persona afectada para verificar la enfermedad, pues se han presentado casos de enfermedades de origen somático que son achacadas a la acción de algún miembro de la comunidad.

---

13 Un aspecto central de la vida de los Embera (pueblo indígena colombiano) es su relación con los espíritus *jai* por medio de sus *jaibanás*, chamanes que tienen poder mágico espiritual, desde el cual se regula la vida, la salud, la subsistencia y la naturaleza.

- **Delitos de tierras y recursos naturales**, como la deforestación sin justa causa, la destrucción de cultivos de una parcela y la invasión de territorios de una comunidad.

## **6. Pasos a seguir en la atención del defensor público a un usuario indígena**

### **a. Entrevista inicial**

Es de central importancia llevar adelante una entrevista inicial que cree un ambiente de confianza sobre la función del defensor público, en consideración de que se trata de un servicio gratuito, que existe para ayudar a quienes más lo necesitan. En ella se debe:

- Determinar si la persona indígena habla español o si requiere de traductor o intérprete<sup>14</sup>.
- Registrar, en formulario *ad hoc*, el pueblo indígena al que pertenece y sus autoridades tradicionales.
- Hacer las preguntas necesarias para identificar al gobernador de la comunidad e informarle sobre la aprehensión.
- Determinar si la persona está de acuerdo en ser atendida por una o un defensor público.
- Si lo está, preguntar sobre los datos personales: ocupación, domicilio, nivel educativo, vínculo familiar. En su defecto, se le notifica que renuncia a la defensa pública.

### **b. Determinación de las condiciones del procedimiento de captura**

En esta etapa se debe determinar si:

- La captura obedeció a situaciones de flagrancia o en virtud de una orden judicial.

---

14 Ley 906 de 2004, art. 8.

- Se dio lectura de los derechos de la persona detenida.
- Ha recibido buen trato antes, durante y después de la captura.
- Ha tenido la posibilidad de comunicar a su familia sobre su captura.
- Conoce porqué fue detenido.
- Ha tenido comunicación con una o un abogado antes de esta entrevista.
- Estaría de acuerdo en ser atendido por una o un defensor público, que le acompañara en cada una de las diligencias.

Además, la persona detenida debe de entrar en conocimiento de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, especialmente en lo que toca a los artículos 58, 59, 60 y 61 de la segunda sección. También se deben explicar las actuaciones judiciales a las que está convocado, sus alcances y significado, con un grado mínimo de dificultad. En cuanto a las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles. Se fomentarán los mecanismos necesarios para que comprenda la oralidad, los juicios, las comparecencias y otras actuaciones orales en las que participe.

### **c. Determinación de los elementos del fuero indígena**

En esta etapa se llevará adelante un examen exhaustivo sobre la calidad de indígena, el significado de ser indígena. Se le pregunta si posee documentos para probar su identidad étnica o si éstos se pueden conseguir. Igualmente, se le preguntará sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, si fueron en el interior de su comunidad o fuera de ella.

#### **d. Cambio de la jurisdicción**

De configurarse los dos elementos – el personal y el territorial –, se está frente a una persona indígena con fuero. Esto supone la utilización de una estrategia de defensa específica, que implica solicitar un cambio de jurisdicción por falta de competencia de la justicia ordinaria o por la necesidad de hacer efectivos los derechos de la persona detenida. Lo indicado es:

- Ponerse en contacto con la respectiva autoridad indígena para que manifieste si está en condiciones de asumir el conocimiento del proceso y adelantar el juicio respectivo.
- Elaborar la solicitud de entrega del proceso de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción especial indígena.
- Reunir los documentos necesarios para probar la calidad de indígena y el fuero indígena, entre otros:
  - Certificación de autoridad tradicional indígena.
  - Certificación de autoridad indígena sobre la inclusión del caso y las partes en el centro interno de la comunidad.
  - Certificación del censo expedido por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior.
  - Estudios sociológicos y antropológicos sobre el pueblo indígena pertinente.

#### **e. Prueba de la calidad de autoridad indígena**

Para recibir el proceso por parte de la autoridad judicial ordinaria, la autoridad indígena debe presentar a la autoridad judicial los siguientes documentos de soporte:

- Acta de elección de la máxima autoridad tradicional del resguardo o comunidad.

- Acta de posesión ante la autoridad municipal de la jurisdicción donde se encuentra ubicada la comunidad indígena.

Por otro lado, si se trata de autoridades mágico-religiosas, éstas deben estar acompañadas de la autoridad política o administrativa de la comunidad y realizar sus actuaciones a través de estas.

#### **f. Entrega del proceso de la jurisdicción ordinaria a la especial indígena**

- **Ante el fiscal del caso.** En etapa pre-procesal, se recurre ante el Fiscal del caso. Como éste no tiene facultades jurisdiccionales de acuerdo a la Ley 906 de 2004, se aportan los documentos para que lo solicite ante el juez de control de garantías.
- **Ante el juez de control de garantías.** Se presentan todos los soportes, desde las audiencias preliminares de legalización del procedimiento de captura, la imputación o la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.
- **Ante el juez de conocimiento.** Se presentan los soportes documentales y se pide la audiencia, ya sea en sede de formulación de acusación, en audiencia preparatoria o en el gran juicio oral.

Termina la gestión ante los jueces ordinarios cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acceden a la solicitud de entrega del proceso a la autoridad indígena. Si no acceden a ella se pronuncian por medio de un auto, en el que se puede hacer uso de la teoría de la impugnación con la presentación de los recursos ordinarios: recurso de reposición como principal; recurso de reposición y, en subsidio, apelación; recurso de apelación como principal; recurso de queja, cuando no se acepte el de apelación. Vale notar que se requiere de la sustentación oral inmediata y en la sede del juez que profiere el auto.

Según indica el artículo 112 de la Ley 270 de 1996, la autoridad indígena, por sí misma o por medio de apoderado, presenta el

conflicto de competencias ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ. Corresponde al competente determinar los requisitos del fuero indígena; si ello se cumple, se debe declarar la nulidad de lo actuado en la jurisdicción ordinaria y remitir el proceso a la jurisdicción especial indígena para que adelante el juzgamiento, con el cumplimiento de las garantías procesales mínimas del debido proceso, el derecho de defensa y el respeto de las garantías fundamentales.

#### **g. Otras consideraciones**

- **¿Procede el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria después de proferirse la sentencia?**

No, ya que el conflicto de competencias es un acto de naturaleza procesal, es decir, opera durante el desarrollo del proceso y resulta impropio una vez que se haya terminado, según los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. No obstante, si se observó una vía de hecho en el trámite y la decisión del conflicto de competencias, operaría una tutela contra las decisiones judiciales.

- **¿Procede el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria sólo en materia penal?**

No, ya que la jurisdicción especial indígena asume conocimiento de conflictos entre sus asociados de tipo civil, laboral o penal, y también de asuntos políticos y administrativos, como por ejemplo el manejo y distribución de recursos. El conflicto de competencias planteado debe estar de acuerdo al análisis de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ, ya que al ser diferente a la connotación de índole penal, el análisis se centrará en los usos y costumbres que aseguren la previsibilidad y no en la protección de las víctimas.

- **Acción constitucional de tutela**

Si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ resuelve el conflicto y niega la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer un caso de su competencia, se puede recurrir por vía de acción de tutela en contra de las autoridades respectivas para garantizar la protección de los derechos fundamentales del debido proceso y la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y sus miembros.



# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

(2013-2017)

Thomas Buergenthal  
*Presidente Honorario*

Sonia Picado S.  
*Presidenta*

Rodolfo Stavenhagen  
*Vicepresidente*

Margaret E. Crahan  
*Vicepresidenta*

Pedro Nikken  
*Consejero Permanente*

Mayra Alarcón Alba  
José Antonio Aylwin Oyarzún  
Line Bareiro  
Lloyd G. Barnett  
César Barros Leal  
Marco Tulio Bruni-Celli  
Antônio A. Cançado Trindade  
Douglass Cassel  
Gisèle Côté-Harper  
Mariano Fiallos Oyanguren  
Héctor Fix-Zamudio  
Robert K. Goldman  
Claudio Grossman  
María Elena Martínez  
Juan E. Méndez  
Elizabeth Odio Benito  
Nina Pacari  
Mónica Pinto  
Hernán Salgado Pesantes  
Mitchell A. Seligson  
Wendy Singh  
Mark Ungar

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

José de Jesús Orozco Henríquez  
Tracy Robinson  
Felipe González  
Dinah Shelton  
Rodrigo Escobar Gil  
Rosa María Ortiz  
Rose-Marie Bella Antoine

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diego García Sayán  
Manuel E. Ventura Robles  
Alberto Pérez Pérez  
Eduardo Vio Grossi  
Roberto de Figueiredo Caldas  
Humberto Sierra Porto  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo*

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral  
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos