

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

A PROTEÇÃO REFLEXA DO MEIO AMBIENTE NA JURISPRUDÊNCIA
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caroline Dimuro Bender D'Avila
Géssica Adriana Buguiski Becker
Pâmela Dacol de Brito

Sara Margarida Silva de Figueiredo da Conceição

LAS PROTESTAS COMO EXPRESIÓN SOCIAL Y EL DERECHO A CIRCULAR:

EL CASO ARGENTINO
Cristiana Domínguez

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y
EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

UNA COMPARACIÓN SOBRE EL PUNTO DE VISTA DE LA APLICABILIDAD
DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA

Ana Lucía Gasparoto
Jayme Wanderley Gasparoto
José Blanes Sala

LA EDAD MÍNIMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN
Y JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA A PARTIR DEL CORPUS JURIS INTERNACIONAL
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

Frank Harbottle Quirós

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
Marcos José Miranda Burgos

LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARAGUAYO Y SUS EFECTOS

Romina Paiva Godoy

TRIBUNALES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
EN CASOS DE CRÍMENES INTERNACIONALES.

ESPECIAL REFERENCIA AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Yennesit Palacios Valencia

LA "DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL" EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Paola Pelletier Quiñones

60

Julio - Diciembre 2014

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

60

Julio - Diciembre 2014

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

© 2014 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: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: 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.

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

www.iidh.ed.cr

Índice

| | |
|---------------------------|----------|
| Presentación | 7 |
|---------------------------|----------|

José Thompson J.

| | |
|--|-----------|
| A proteção reflexa do meio ambiente na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos | 11 |
|--|-----------|

*Caroline Dimuro Bender D'Avila, Géssica Adriana Buguiski
Becker, Pâmela Dacol de Brito, Sara Margarida Silva
de Figueiredo da Conceição*

| | |
|--|-----------|
| Las protestas como expresión social y el derecho a circular: el caso Argentino..... | 39 |
|--|-----------|

Cristiana Domínguez

| | |
|---|-----------|
| La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona | 53 |
|---|-----------|

*Ana Lucía Gasparoto, Jayme Wanderley Gasparoto
y José Blanes Sala*

| | |
|---|-----------|
| La edad mínima de la responsabilidad penal. Análisis de la legislación y jurisprudencia de Costa Rica a partir del corpus juris internacional de protección de los derechos humanos de la niñez..... | 87 |
|---|-----------|

Frank Harbottle Quirós

-
- La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno** 129
Marcos José Miranda Burgos
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico paraguayo y sus efectos** . 157
Romina Paiva Godoy
- Tribunales internacionales de protección de derechos humanos en casos de crímenes internacionales. Especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos** 169
Yennesit Palacios Valencia
- La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** 205
Paola Pelletier Quiñones

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 60 de su Revista IIDH, una publicación especial que conmemora el 35 aniversario de la constitución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Corte IDH es uno de los órganos de nuestro Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos, creada con el fin de salvaguardar los derechos de las personas en el continente americano. Una vez creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1959, la Corte IDH se estableció y organizó hasta el momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por lo que el 22 de mayo de 1979 los Estados parte de la Convención eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a un grupo de juristas, quienes serían los primeros jueces que compondrían el Tribunal. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

Así, este año 2014 celebramos el trigésimo quinto aniversario de un Tribunal que, a través de sus competencias, consultiva y contenciosa, ha generado los estándares interamericanos de protección de derechos humanos que hoy, cada vez más, los Estados incorporan en su derecho y práctica nacional.

El aniversario de la Corte IDH también es significativo para el IIDH, toda vez que esta institución fue creada en 1980 en

virtud de un convenio suscrito entre la Corte IDH y la República de Costa Rica, con el fin de constituirse en la entidad académica auxiliar al Sistema Interamericano, dedicada a la investigación, la promoción y la educación en derechos humanos. Es por ello que el IIDH, a través de su revista publicada ininterrumpidamente desde 1985, hace un breve homenaje a la Corte IDH con esta edición especial.

La edición 60 de la Revista IIDH recopila los artículos académicos de Cristiana Domínguez (Argentina); Ana Lúcia Gasparoto, Jayme Wanderley Gasparoto y José Blanes Sala (Brasil); Frank Harbottle Quirós (Costa Rica); Marcos José Miranda Burgos (Ecuador); Romina Paiva Godoy (Paraguay); Yennesit Palacios Valencia (Colombia); Paola Pelletier Quiñones (República Dominicana), y Caroline Dimuro Bender D'Avila, Géssica Adriana Buguiski Becker, Pâmela Dacol de Brito y Sara Margarida Silva de Figueiredo da Conceição (Brasil).

En esta edición especial de la Revista se analiza el caso argentino de protestas bajo la perspectiva del derecho a circular y de expresión social con fundamento, entre otros, en la jurisprudencia y pronunciamiento de la CIDH y la Corte IDH.

Por otra parte, se hace un análisis comparativo entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de determinar si estos tribunales tienen como prioridad la regla que más favorece a la persona (*pro homine* o *pro persona*) en sus pronunciamientos y opiniones.

En materia penal, se analiza en el caso costarricense la edad mínima de la responsabilidad penal a la luz del *corpus juris* internacional e interamericano de protección de los derechos humanos de la niñez.

En cuanto a la ejecución de las sentencias internacionales, se analiza el caso ecuatoriano con el fin de dar un diagnóstico sobre el estado real de la ejecución de sentencias de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico interno.

En materia constitucional, se analiza el caso paraguayo para definir la forma en que la CADH se integra en el ordenamiento jurídico paraguayo y los efectos que dicha integración genera en el derecho nacional.

En vínculo con el Derecho Penal Internacional, se analiza la interpretación extensiva que hacen los tribunales internacionales con énfasis en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte IDH, sobre asuntos especialmente juzgados como violaciones graves de derechos humanos, y cómo esto genera un aporte esencial en la construcción y fortalecimiento de la justicia penal internacional.

Por otra parte, se repasa y analiza la jurisprudencia de la Corte IDH con el fin de proponer el establecimiento del concepto de “discriminación estructural” y establecer estándares interamericanos sobre el mismo.

Finalmente, sobre una temática emergente, se examina la protección que ha establecido la Corte IDH al derecho a un medio ambiente sano, a través de una interpretación amplia de los derechos humanos, apoyándose en la tesis de la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos humanos.

Desde el IIDH esperamos que esta publicación les acerque a conocer la jurisprudencia de la Corte IDH y sus efectos en la justicia interamericana. Además, aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus artículos académicos para esta edición de la Revista y cuya colaboración en este homenaje ha

vido esencial para reflexionar sobre la incidencia de la Corte IDH en la protección de los derechos humanos, no sólo en el ámbito internacional, sino en el nacional.

*José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH*

A proteção reflexa do meio ambiente na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

*Caroline Dimuro Bender D'Avila**

*Géssica Adriana Buguiski Becker***

*Pâmela Dacol de Brito****

*Sara Margarida Silva de Figueiredo da Conceição*****

1. Considerações Iniciais

A crescente preocupação com os direitos humanos e o seu reconhecimento pelos Estados no âmbito internacional¹

* Mestre pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Osório (Av. Jorge Dariva, N° 1042, Bairro Centro, Osório/RS – Brasil – CEP 95520-000. Telefone: (51) 2161.0200 - 2161.0239). Correio eletrônico: carolinebdavila@gmail.com

** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Osório. Bolsista do Programa Interno de Fomento à Pesquisa da Faculdade Cenecista de Osório/FACOS. Correio eletrônico: buguiski@hotmail.com

*** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Osório. Correio eletrônico: pameladacol@hotmail.com

**** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Osório. Bolsista do Programa Interno de Fomento à Pesquisa da Faculdade Cenecista de Osório/FACOS Correio eletrônico: saramfig@hotmail.com

1 A preocupação dos Estados com a proteção dos direitos humanos surge com maior força após o término da Segunda Guerra Mundial, sendo possível identificar essa afirmação através da leitura do preâmbulo da Carta das Nações Unidas que na sua primeira parte diz “**NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS,**

impulsionaram a promulgação de diversos tratados protecionistas desses direitos.². Estes documentos são resultados de esforços conjuntos entre nações, que, através de mútuo acordo, compunham sistemas de proteção aos direitos humanos, sejam eles de caráter global ou regional.

Com abrangência global, a Organização das Nações Unidas (ONU) é reconhecidamente o maior símbolo institucional de proteção aos direitos humanos, pois seus princípios são aplicados aos Estados de qualquer parte do globo, independentemente do espaço geográfico ao qual pertencem, bastando que os mesmos expressem suas vontades de submeterem-se à competência da Organização.³ Por outro lado, existem os sistemas regionais de direitos humanos, que tratam de problemas específicos de cada região e atuam, principalmente, em três continentes: Europa, América e África, onde se situam, respectivamente, o Conselho

RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.” (**CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS**. Disponível em: http://csnu.itamaraty.gov.br/images/Carta_da_ONU_-_Vers%C3%A3o_Portugu%C3%AAs.pdf. Acesso em: 04 abr. 2014.

- 2 A exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, e da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem da OEA, de 1948. Para mais informações sobre os documentos oficiais de protetivos, ver COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 3 O tratado constitutivo da ONU (Cartas das Nações Unidas, de 1945) foi firmado inicialmente por 51 Estados-membros. Ao longo dos anos, por ser de caráter aberto e aceitar como membro – por decisão da Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança – todas as nações amantes da paz, a ONU passou a incorporar inúmeros outros países, possuindo hoje 193 Estados membros.

da Europa (CE), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a União Africana (UA).

Neste artigo cuidaremos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), o qual é formado pelas seguintes instituições: Organização dos Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e tem como seus principais diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose) e seus dois protocolos adicionais – Protocolo Relativo aos Direitos Sociais e Econômicos (Protocolo de San Salvador) e Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte.

No que tange às normas internacionais de direitos humanos previstas no âmbito do SIDH, estas estabelecem obrigações para os Estados que se comprometem com o seu cumprimento, no sentido de promoção e proteção dos direitos consagrados internacionalmente. Assim sendo, a violação das normas reconhecidas nestes instrumentos poderá acarretar responsabilização e sanção para o Estado infrator, a ser apurada pela Corte Interamericana.

Dentre os direitos humanos reconhecidos nos documentos internacionais referidos, o direito ao meio ambiente sadio se encontra positivado em diversas ocasiões. Verifica-se, contudo, que as normas protetivas do meio ambiente são juridicamente frágeis, isto é, obrigatórias, mas não exigíveis diretamente pela via judicial. Assim, impõe-se examinar de que forma a proteção ambiental tem sido efetivada em âmbito internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, buscamos analisar a jurisprudência do órgão jurisdicional do SIDH no

que se refere à proteção reflexa do meio ambiente, ou seja, à sua concretização a partir de uma interpretação extensiva dos direitos humanos e dos seus mecanismos protetivos.

2. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

O continente americano possui uma longa história na atuação da defesa dos direitos humanos de sua população. Em sintonia com o sistema global de proteção, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos aplica as normas protecionistas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas e, indubitavelmente, fundamentais. Analisaremos quais são os órgãos que compõe o SIDH, bem como a base normativa que disciplina o funcionamento deste sistema.

2.1. A Organização dos Estados Americanos: Instituição e Sistema Normativo

O tratado institutivo da Organização dos Estados Americanos, conhecido como Carta da OEA ou Carta de Bogotá, foi assinado em Bogotá, Colômbia, no ano de 1948, embora sua origem remonte o século XIX, sendo a mais antiga organização regional dentre as três existentes.⁴ No artigo 1º da Carta está estabelecido

4 Segundo MAZZUOLI, o então presidente dos Estados Unidos da América, James Monroe, teria enviado ao congresso norte-americano, em 02 de dezembro de 1823, uma carta manifestando a impossibilidade de colonização dos Estados latino-americanos, que tinham sido libertados por seus colonizadores. Com base nesta carta, Simon Bolívar deu iniciativa à organização de um Congresso na cidade do Panamá, em 1926, *destinado a aprovar um projeto de tratado constitutivo de uma confederação de todos os Estados do novo mundo, objetivando manter a paz e a segurança de todos os seus membros, tendo esse movimento recebido o nome*

que a organização referida constitui um organismo regional e sua competência está limitada estritamente às regras estabelecidas pelo próprio documento instituidor, não podendo intervir nos assuntos de competência interna de cada Estado membro. Desta forma, os Estados abrangidos pelo Sistema Interamericano, embora pertençam a um mesmo espaço geográfico, não estão obrigados a submeterem-se às normas instituídas pela Carta de Bogotá, sendo uma opção de cada membro, embora com repercussões cada vez mais importantes no atual direito internacional.

A existência da organização regional justifica-se pela necessidade de colaboração entre os Estados para o desenvolvimento pacífico da região à qual pertencem. Assim, no que diz respeito aos propósitos da Organização dos Estados Americanos, podemos identificá-los a partir do artigo 2º da Carta, sendo possível afirmar a existência de maior preocupação quanto aos problemas econômicos, sociais e culturais.⁵

Originalmente, a OEA contou com a participação de 21 Estados fundadores e, mais tarde, novos Estados ratificaram a Carta, contando hoje com 35 membros.⁶ Destarte, os Estados

de pan-americanismo. A partir daí, então, que se desenvolveu a ideia da criação da Organização dos Estados Americanos, que evolui através de Conferências Internacionais dos Países Americanos, culminando na assinatura do tratado instituidor da OEA, em 1948. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 651).

5 Segundo ACCIOLY, SILVA e CASELLA, “A grande preocupação dos países da América Latina é a melhoria das condições de vida de seus habitantes. Em outras palavras, sem querer ignorar a importância dos direitos civis e políticos, para eles os problemas econômicos, sociais e culturais são prioritários”. (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 479.)

6 Dados retirados do sítio oficial da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp. Acesso em: 03 abr. 2014.

que ratificaram a Carta de Bogotá, reconhecendo assim a competência da OEA e aceitando a submissão às suas normas instituidoras, passaram a fazer parte de um sistema integrado de proteção aos direitos das mais diversas naturezas, sempre com o objetivo de preservar o ser humano e o desenvolvimento saudável da região abrangida pelo sistema.

Portanto, com a união dos Estados, através da OEA, o desenvolvimento, aprimoramento e firmação dos direitos humanos tornaram-se viáveis com ações positivas no sentido de proteger as relações entre os Estados e também os direitos dos indivíduos submetidos à jurisdição dos Estados membros. E, como exemplo dessas ações positivas, apresenta-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, na cidade de Bogotá, em abril de 1948, isto é, na mesma oportunidade em que foi instituída a OEA.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem precedeu alguns meses à Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁷ e proclama, além de direitos humanos, também os deveres. Trata-se, portanto, do primeiro documento a dar início ao processo de generalização dos direitos humanos, transcendendo “as distintas formulações de direitos reconhecidos em diferentes instrumentos”.⁸

7 A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem data de abril de 1948, sendo que a Declaração Universal é de dezembro do mesmo ano.

8 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/14osistema.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014

2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 106 da Carta da OEA previu a criação de uma Comissão cujo “principal objetivo seria promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”, tendo esta previsão sido concretizada em 1959, pela resolução VIII, na quinta reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. Destarte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) “é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos, encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano”.⁹

Frise-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como principal documento normativo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose, aprovada em 1969,¹⁰ que traz um rol de direitos sociais, culturais e econômicos. Mais tarde, em 1988, o Pacto de San Jose foi complementado pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹¹ o qual trouxe com maiores especificidades os direitos anteriormente consagrados. Em 1990,

9 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **O que é a CIDH?** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em 04 abr. :adragésimo aa p d Proteção do do en todo el artta Corte Interamericana. 2014.

10 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 19 abr. 2014.

11 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”** Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 19 abr. 2014.

no Vigésimo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, foi aprovado o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte. Portanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua competência, observa, além das normas estabelecidas pela Declaração de 1948, também o rol de direitos presentes nos seus dois protocolos adicionais.

O capítulo VII da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é dedicado à Comissão, sendo que ali se encontra prevista toda a sua estrutura administrativa e de competência. Para nós, cabe demonstrar que é a Comissão a responsável pelo recebimento das petições que contenham denúncias ou queixas de violação das normas estabelecidas pelo Pacto de San Jose por um Estado Parte, bem como a análise do cumprimento dos requisitos para encaminhamento das petições à Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹²

2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como órgão consultivo e jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana foi prevista pela Convenção de 1948. Por força do artigo 33, teve atribuída a competência para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes”.

Os Estados membros signatários da Convenção Americana são os únicos que podem ser submetidos à jurisdição da

12 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, Seção 2 – Funções, art. 41 a 43. Seção 3 – competência, 44 a 47. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 19 abr. 2014.

Corte. Entretanto, assim como não são obrigados a ratificar a Convenção, uma vez aderindo ao seu conteúdo, ainda não estão obrigados à submissão jurisdicional, sendo necessária declaração expressa de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A função consultiva da Corte relaciona-se com a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como os demais tratados referentes à matéria. Assim, os Estados Partes podem solicitar pareceres da Corte, inclusive no que concerne à validade de uma lei interna em relação às normas internacionais de direitos humanos.¹³

Quanto à função jurisdicional, cabe à Corte decidir sobre as violações aos direitos humanos praticadas ou não pelos Estados Partes, aplicando as normas de direito internacional cabíveis em cada caso concreto e velando pela preservação, reparação ou indenização dos direitos humanos, de acordo com o artigo 63 da Convenção Americana.¹⁴ Atualmente, 286 casos já foram

13 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 64 interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

14 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 63 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

julgados pela Corte,¹⁵ sendo 22 o número de Estados¹⁶ que reconhecem a sua competência jurisdicional.

3. Normas Ambientais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos abriga a importância do ambiente de uma forma que ultrapassa o simples reconhecimento de mais um direito humano.¹⁷ Destarte, a Carta Democrática Interamericana reconhece um meio ambiente saudável e equilibrado como elemento indispensável para o desenvolvimento completo do ser humano, o que colabora para a estabilidade política e para efetivação da democracia. Observe-se o artigo 15 da Carta, *in verbis*:

O exercício da democracia facilita a preservação e o manejo adequado do meio ambiente. É essencial que os Estados do Hemisfério implementem políticas e estratégias de proteção do meio ambiente, respeitando os diversos tratados e convenções, para alcançar um

15 Julgados disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>. Acesso em: 08 abr. 2014.

16 Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Republica Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em: 08 abr. 2014.

17 RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A DEFESA DO AMBIENTE. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá, 2010, p. 49.

desenvolvimento sustentável em benefício das futuras gerações.¹⁸

Nesse ponto, é significativo ressaltar que o continente americano foi um precursor mundial no reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio de maneira expressa e vinculante. No Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também conhecido como Protocolo de San Salvador, encontra-se a exposição de tal direito, no artigo 11, o qual trata do direito a um meio ambiente sadio e preceitua que “toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e que “os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento o meio ambiente”.¹⁹

Embora tenha ocorrido o reconhecimento desse direito, cabe salientar que o Protocolo não reconhece a possibilidade de sua exigência direta mediante a apresentação de petições individuais. Apenas os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8 (direitos sindicais) e no artigo 13 (direito à educação) podem ser pleiteados através de petições individuais. Os demais direitos presentes no Protocolo, incluindo-se aqui o direito a um meio ambiente sadio, podem ser exigidos somente caso haja vinculação a outros direitos reconhecidos na Convenção Americana ou nas convenções e protocolos que a detalham.

18 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/DemoCratic_Charter.htm. Acesso em: 19 abr. 2014.

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”** Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 19 abr. 2014.

Conforme já exposto, a estrutura de proteção ofertada pelo Protocolo de San Salvador define o direito a um ambiente sadio como um direito coletivo, estando, dessa forma, incluído dentre os direitos econômicos, sociais e culturais. Neste contexto, há que se ter em mente que o Protocolo de San Salvador foi criado para preencher as lacunas deixadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual apresentou apenas um dispositivo relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – artigo 26,²⁰ não ficando expresso quais seriam os direitos protegidos. Portanto, o objetivo do Protocolo consiste em sanar os questionamentos deixados pela Convenção nesse sentido.

No âmbito da doutrina constitucionalista, a corrente que parece estar mais afinada com a normativa prevista no Protocolo é aquela que considera os direitos econômicos, sociais e culturais como “direitos programáticos”. Assim classificados, apenas estabelecem fins públicos que devem ser alcançados pelo Estado, mas não possuem normatividade suficiente para produzir seus efeitos essenciais sem a formulação de políticas públicas e programas governamentais para que obtenham plena operatividade. Consequentemente, não são passíveis de controle jurisdicional, já que consistem em objetivos e metas a serem realizados progressivamente pelo Estado, conforme sua discricionariedade político-administrativa e sua disponibilidade orçamentária.²¹

20 Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

21 Existe divergência doutrinária em relação à possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais pela via judicial, embora seja majoritário o

Em razão dessa posição teórica, a jurisprudência originada dos casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu sobre temas relacionados a esses direitos, tem repetidamente se voltado para a violação de direitos individuais e não para infração daqueles. Essa prática acarreta em uma generalização da defesa dos direitos coletivos mediante o uso de uma “porta dos fundos” jurídica e não por meio de um controle jurisdicional direto.²² Esse fenômeno está sendo referido por alguns autores como “*greening international law*”.²³

Contudo, apresenta-se como alternativa à situação descrita anteriormente, a teoria da inter-relação dos direitos humanos com o ambiente, adotando-se a tendência global no sentido do reconhecimento da universalidade e da indivisibilidade dos

entendimento, entre os constitucionalistas brasileiros, de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, sujeitos, portanto, à observância do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, que determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 299. Em sentido contrário, Torres sustenta que os direitos sociais não devem ser confundidos com os fundamentais. Para o autor, “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhabrechte*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 41.

22 RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A DEFESA DO AMBIENTE. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá, 2010, p. 50.

23 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo DE FARIA MOREIRA. “*Greening*” the Inter-American Human Rights System. *L’Observateur des Nations Unies*, 2012-2, vol. 33. p. 300-313.

direitos humanos. Nota-se que algumas iniciativas regionais de promoção de defesa do meio ambiente já demonstram essa tendência.²⁴

Como exemplo, podemos citar as Resoluções n. 1819, “Direitos Humanos e Ambiente”,²⁵ n. 1896, “Direitos Humanos e o Ambiente nas Américas”,²⁶ e n. 1926 “Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente nas Américas”,²⁷ todas aprovadas pela Assembleia Geral da OEA.

A Resolução n. 1819 (XXXI-O/01) prevê que o efetivo gozo de todos os direitos humanos tem o condão de facilitar uma proteção do meio ambiente mais eficiente, por meio da criação de condições para alterar os padrões de conduta que ocasionam a alteração do ambiente.²⁸ Além disso, através desse documento, a Assembleia Geral do OEA resolveu:

1. Ressaltar a importância de estudar o possível vínculo existente entre o meio ambiente e os direitos humanos,

24 RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A DEFESA DO AMBIENTE. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá, 2010, p. 50.

25 Resolução n. 1819, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1819 (XXXI-O/01) - (5 de junho de 2001). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_01/AG01788P06.doc. Acesso em: 15 maio 2014.

26 Resolução n. 1896, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1896 (XXXII-O/02) - (4 de junho de 2002). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_02/AG02041P08.DOC. Acesso em: 15 maio 2014.

27 Resolução n. 1926, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1926 (XXXIII-O/03) - (10 de junho de 2003). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_03/AG02290P14.DOC. Acesso em: 15 maio 2014.

28 Resolução n. 1819, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1819 (XXXI-O/01) - (5 de junho de 2001). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_01/AG01788P06.doc. Acesso em: 15 maio 2014.

reconhecendo a necessidade de promover a proteção do meio ambiente e o pleno gozo de todos os direitos humanos.

2. Encarregar a Secretaria-Geral de elaborar um estudo, em colaboração com outros órgãos do Sistema Interamericano, sobre a possível relação entre a proteção ambiental e o pleno gozo dos direitos humanos.

3. Encarregar o Secretário-Geral de apresentar ao Trigésimo Segundo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral um relatório sobre o cumprimento desta resolução.²⁹

A importância da relação existente entre o meio ambiente e os direitos humanos foi lembrada pela Resolução n. 1896 (XXXII-O/02).³⁰ Nesse sentido, a Assembleia decidiu:

1. Continuar acompanhando o tema de direitos humanos e meio ambiente, dispensando atenção especial ao trabalho que os foros multilaterais relevantes desenvolvem sobre ele.

2. Promover a colaboração institucional em matéria de direitos humanos e meio ambiente no âmbito da Organização, especialmente entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Unidade de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente.³¹

Por sua vez, a Resolução n. 1926 (XXXIII-O/03) reconhece “uma crescente conscientização da necessidade de manejar o

29 *Ibid.*

30 Resolução n. 1896, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1896 (XXXII-O/02) - (4 de junho de 2002). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_02/AG02041P08.DOC. Acesso em: 15 maio 2014.

31 *Ibid.*

meio ambiente de maneira sustentável a fim de promover a dignidade e o bem-estar humanos”. Dentre os compromissos ajustados no documento em questão, ressalta-se a promoção da cooperação institucional no campo dos direitos humanos e do meio ambiente entre a Organização dos Estados Americanos e outras instituições multilaterais; e o estabelecimento de diálogo com os Estados membros da OEA e organizações da sociedade civil, para a execução de atividades no campo do meio ambiente e dos direitos humanos.³²

Atualmente, existe um grande debate no âmbito da OEA relativo à preparação de um projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, que apresentará ramificações para a proteção do ambiente.³³ No mais recente Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, ocorrido de 04 a 06 de junho de 2013, por meio da Resolução n. 2793 (XLIII-O/13), expressou-se mais uma vez a importância e necessidade de elaboração da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

32 Resolução n. 1926, da Assembleia Geral da OEA, AG/RESOLUÇÃO 1926 (XXXIII-O/03) - (10 de junho de 2003). Disponível em: http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_03/AG02290P14.DOC. Acesso em: 15 maio 2014.

33 Desde 1989, o assunto concernente à necessidade de elaboração de uma Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas vem sendo amplamente exibido no âmbito das discussões da Assembleia Geral da OEA. As resoluções AG/RES. 1022 (XIX-O/89), AG/RES. 1479 (XXVII-O/97), AG/RES. 1549 (XXVIII-O/98), AG/RES. 1610 (XXIX-O/99), AG/RES. 1708 (XXX-O/00), AG/RES. 1780 (XXXI-O/01), AG/RES. 1851 (XXXII-O/02), AG/RES. 1919 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2029 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2073 (XXXV-O/05), AG/RES. 2234 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2294 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2368 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2498 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2565 (XL-O/10), AG/RES. 2674 (XLI-O/11) e AG/RES. 2724 (XLII-O/12), tratam da matéria, ressaltando a importância e prioridade do tema indígena.

As discussões sobre o assunto abarcam a necessidade do estabelecimento do direito a um ambiente sadio em virtude da presença de instalações altamente poluentes que promovem, muitas vezes, a extração indiscriminada de recursos naturais, colocando em risco o direito de desenvolvimento autônomo das populações indígenas, além de constituírem elemento prejudicial à vida e à saúde dos índios. Ressalta-se que, em diversas situações, essas populações não têm as mesmas garantias que outros indivíduos possuem para invocar seus direitos, mostrando-se, portanto, imperioso o estabelecimento de uma Declaração específica para firmar os direitos desses indivíduos.³⁴

O Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovado em 26 de fevereiro de 1997, reconhece as populações indígenas como um grupo com o grande interesse no uso consciente dos recursos naturais e na preservação do meio ambiente como um todo.³⁵ Além disso, com relação ao direito à proteção ambiental, o projeto preceitua o seguinte:

1. Os povos indígenas têm direito a um meio ambiente seguro e sadio, condição essencial para o gozo do direito à vida e ao bem-estar coletivo.
2. Os povos indígenas têm direito a ser informados sobre medidas que possam afetar o meio ambiente, inclusive recebendo informações que assegurem sua efetiva participação em ações e decisões de política capazes de afetá-lo.

34 RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A DEFESA DO AMBIENTE. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá, 2010, p. 52.

35 *Ibid.*

3. Os povos indígenas têm o direito de conservar, restaurar e proteger seu meio ambiente e a capacidade de produção de suas terras, territórios e recursos.

4. Os povos indígenas têm direito a participar plenamente da formulação, planejamento, ordenação e execução de programas governamentais de conservação de suas terras, territórios e recursos.

5. Os povos indígenas terão direito a assistência de seus Estados com a finalidade de proteger o meio ambiente e poderão solicitar a assistência de organizações internacionais.

6. Os Estados proibirão e punirão e, em conjunto com as autoridades indígenas, impedirão a introdução, abandono ou depósito de materiais ou resíduos radioativos, substâncias e resíduos tóxicos que contrariem disposições legais vigentes; bem como a produção, introdução, trânsito, posse ou uso de armas químicas biológicas ou nucleares em áreas indígenas.

7. Quando o Estado declarar que um território indígena deve ser área protegida, as terras e territórios estiverem sob reivindicação potencial ou real por parte de povos indígenas e as terras forem sujeitas a condições de reserva de vida natural, as áreas de conservação não devem ser objeto de forma alguma de desenvolvimento de recursos naturais sem o conhecimento fundamentado e a participação dos povos interessados.³⁶

36 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm> Acesso em: 19 maio 2014.

Além dos documentos que visam à proteção do meio ambiente, elaborados sob a égide da OEA, o Sistema Interamericano pode utilizar, ainda, os instrumentos internacionais da ONU, não para declarar violações diretas aos artigos e direitos neles consagrados, mas, sim como um suporte para aperfeiçoamento da jurisprudência; para criar doutrina, expandir e ampliar os direitos humanos consagrados na Convenção; e para fortalecer a estrutura de avaliação dos seus julgamentos ou relatórios particulares.³⁷

4. Atuação da CIDH: Protegendo o Meio Ambiente por Via Oblíqua

Do total de 286 casos contenciosos apreciados pela Corte, quatro tratam da proteção ambiental pela via reflexa. A seguir, portanto, observa-se a situação em concreto e a decisão tomada pela Corte quanto à proteção ambiental por via reflexa.

4.1. Caso das Comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) Vs. Colômbia

No caso das Comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) Vs. Colômbia, sentenciado em 2013, a Corte trata da responsabilidade do Estado pela ocorrência de diversas violações de direitos humanos relacionadas à “Operação Gênesis”, que consistiu em uma operação militar com o objetivo de neutralizar ações criminosas das FARC. A operação teria ocasionado o deslocamento

37 RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A DEFESA DO AMBIENTE. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá, 2010, p. 53.

forçado de centenas de pessoas, incluindo-se membros das comunidades afrodescendentes que habitavam nas margens do rio Cacarica. Alegou-se, entre outras violações de direitos humanos, o desrespeito ao direito de circulação e residência, em razão dos deslocamentos; e ao direito de propriedade coletiva das comunidades referidas sobre os territórios que têm possuído ancestralmente, em decorrência da exploração ilegal de recursos naturais realizadas por empresas com a tolerância do Estado.

Com relação à exploração ilegal de recursos naturais, a Corte entendeu que as atividades ocorreram de forma ilegítima, sendo que as autoridades locais, tendo conhecimento dos acontecimentos, não tomaram nenhuma providência a fim de solucionar a questão. Dessa forma, a Corte considerou o Estado responsável pela violação do direito de propriedade coletiva, disposto no artigo 21 da Convenção Americana.

Entre as medidas de reparação dos prejuízos causados aos membros das comunidades em questão, a Corte determinou que o Estado deveria restituir o efetivo uso, gozo e posse dos territórios às comunidades afrodescendentes da bacia do rio Cacarica. Determinou, ainda, que o Estado deveria garantir que as condições dos territórios onde essas comunidades vivem atualmente sejam adequadas para habitação segura e vida digna.

4.2 Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador

O Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku contra o Equador, sentenciado em junho de 2012, refere-se a uma permissão concedida pelo Estado a uma empresa petrolífera privada para que fossem realizadas atividades como exploração e exportação de petróleo no território deste povo, sem seu

consentimento. As atividades eram realizadas, principalmente com o uso de explosivos em diversos pontos do território indígena, o que botou a vida da população em risco, além de limitar alguns de seus direitos, como o direito de circular por seu território e expressar sua cultura.

A Comissão solicitou à Corte que responsabilizasse o Estado pela violação dos seguintes direitos: direito à propriedade privada; direito à vida, às garantias judiciais e à proteção judicial; direito à circulação e à residência, e; direito à integridade. Assim, foi solicitado também ao Estado que fossem tomadas as medidas necessárias para que houvesse a reparação dos direitos violados.

Além dos direitos já referidos, os representantes do povo indígena afirmaram que os seguintes direitos também foram violados: o direito à cultura e o direito à liberdade da pessoa humana. Solicitando assim, à Corte, que ordenasse ao Estado não somente as medidas de reparação, como também o pagamento de seus prejuízos.

Em abril de 2012, parte da Corte, acompanhada por parte da Comissão, dos representantes e do Estado, realizaram uma visita ao território do Povo Sarayaku, onde lá, reconheceu o Estado como responsável. Após a visita, o Estado reconheceu sua responsabilidade e se mostrou disposto a realizar as devidas medidas de reparação, como: medidas de restituição (extração dos explosivos e reflorestamento das áreas afetadas), de satisfação (ato público de reconhecimento internacional), garantias de não repetição do ocorrido (passou a ser exigida a consulta prévia obrigatoriamente), e indenizações por danos materiais e imateriais. A Corte declarou, então, o Estado como responsável por todos os direitos violados, impedindo o prosseguimento das atividades prejudiciais às pessoas e a seu território.

4.3. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname

No caso do Povo Saramaka Vs. Suriname, sentenciado em 2007, a Corte trata das violações praticadas pelo Estado contra os membros do povo Saramaka, contrariando os artigos 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 21 (Direito à propriedade) e 25 (Direito à proteção judicial) da Convenção Americana. Por ser uma comunidade tribal que tem profunda ligação com o seu território, o povo Saramaka mereceu medidas especiais de proteção por parte do Estado que garantam a sua sobrevivência física e cultural, entre elas o direito ao gozo de sua propriedade em conformidade com sua tradição comunitária. Porém, de acordo com o marco constitucional e legal do Suriname, os membros do povo Saramaka não têm direito à propriedade *per se*, tem apenas uma permissão para usar e ocupar o território, já que os direitos de propriedade e os recursos naturais pertencem ao Estado.

A Corte entende que o direito à propriedade não é absoluto, desse modo, não é possível impedir que o Estado emita qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais dentro do território Saramaka. No entanto, a restrição ao direito de propriedade por parte do Estado não pode implicar uma denegação da subsistência do povo. Uma possível restrição promovida pelo Estado, além de estar previamente prevista em lei, ser necessária, proporcional e ter a finalidade de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática, deve garantir: participação efetiva do povo, benefícios advindos de atividade de dentro do seu território, e realização de um estudo prévio de impacto social e ambiental. Acontece que entre os anos de 1997 e 2004, o Estado emitiu ao menos quatro concessões de madeiras e uma série de concessões de mineração na terra ocupada tradicionalmente pelos Saramakas sem respeitar tais requisitos. Além disso, algumas dessas concessões afetaram os

recursos naturais indispensáveis para a subsistência econômica e cultural do povo, em razão dos danos massivos produzidos nos bosques e da inutilização de parte da terra. Por esses motivos, a Corte considerou que as concessões danificaram o meio ambiente e configuraram violação do direito de propriedade do povo Saramaka, com base no artigo 21 da Convenção.

Entre as medidas de reparação dos prejuízos causados aos Saramakas, a Corte determinou ao Estado: a revisão das concessões com o objetivo de se adequarem às necessidades do povo; a delimitação e demarcação do território, além da outorga de título coletivo; o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva da comunidade e o acesso à justiça, de modo a garantir plenamente o exercício do direito à propriedade; a adoção de medidas legislativas e administrativas para proteger e garantir o direito à propriedade, o qual inclui as terras e os recursos naturais; e a realização de estudos de impacto ambiental e social antes da emissão de concessões dentro do território tradicional dos Saramakas. A título de indenização pelos danos materiais provocados pelas madeiras, a Corte fixou a quantia de 75 mil dólares. No que tange aos danos imateriais decorrentes da atividade, que consistem no sentimento de sofrimento e angústia pelos quais a comunidade passou ao vivenciar a destruição das suas terras e o desrespeito em relação aos seus valores culturais e espirituais, a Corte condenou o Estado ao pagamento de 600 mil dólares. Ambas as quantias devem ser depositadas em um fundo de desenvolvimento comunitário criado em benefício do povo Saramaka. Nesse caso, preservou-se, simultaneamente, a tradição e a cultura de um povo e o meio ambiente contra ingerências estatais arbitrárias.

4.4. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua

No caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *Vs.* Nicarágua, sentenciado em 2001, a demanda submetida, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, à Corte, trata de abusos praticados pelo Estado da Nicarágua contra os membros da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni. Foi suscitada violação dos artigos 1 (Obrigação de respeitar os direitos), 2 (Dever de adotar disposições de direito interno), 21 (Direito à propriedade privada) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Alegou-se que a Nicarágua não demarcou as terras da comunidade Awas Tingni, tampouco tomou medidas eficazes para garantir os seus direitos de propriedade em suas terras ancestrais, e ainda, prejudicou os recursos naturais utilizados pelo povo em questão, uma vez que outorgou uma concessão de exploração florestal sem o seu consentimento. Ademais, o Estado não garantiu meios eficientes para solucionar as reclamações propostas pela comunidade sobre seus direitos de propriedade.

No tocante à violação do artigo 25 da Convenção, o qual trata da proteção judicial, a Corte entendeu que o Estado da Nicarágua não respeitou o princípio da razoabilidade do prazo, consagrado na Convenção Americana, durante o curso dos processos judiciais interpostos pela Comunidade Awas Tingni, em diversas instâncias. Além disso, conforme o entendimento da Corte, os recursos de amparo propostos pela comunidade foram ineficazes, pois houve um atraso injustificado em seu processamento. Sendo assim, a Corte concluiu que o Estado violou o artigo mencionado, em prejuízo dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conexão com os artigos 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) e 2 (Dever de adotar disposições de direito interno) do mesmo documento.

Quanto à violação do artigo 21 da Convenção Americana, que dispõe sobre o direito à propriedade privada, a Corte considerou evidente a existência de uma normativa que reconhece e protege a propriedade indígena na Nicarágua. Contudo, entendeu que na Nicarágua não existe um procedimento efetivo para delimitar, demarcar e titular as terras das comunidades indígenas. Dessa forma, entendeu que o Estado violou o direito ao uso e gozo dos bens dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, pelo fato de não ter delimitado e demarcado sua propriedade, e por ter outorgado concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos localizados em uma área que pode corresponder, total ou parcialmente, aos terrenos sobre quais deveria recair a delimitação, demarcação e titulação correspondentes. Portanto, a Corte concluiu que a Nicarágua violou o artigo 21 da Convenção Americana, em conexão com os artículos 1.1 e 2 do supracitado documento.

Entre as medidas de reparação dos prejuízos causados à Comunidade Mayagna Awas Tingni, a Corte determinou ao Estado a adoção em seu direito interno, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, de acordo com o direito consuetudinário, valores, usos e costumes destas.

Determinou, ainda, que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e abster-se de realizar, enquanto não se efetue essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam afetar a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens

situados na zona geográfica onde os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni habitam e realizam suas atividades.

Quanto aos danos materiais supostamente causados à Comunidade Awas Tingni, a Corte entendeu que não houve qualquer comprovação e concluiu que a sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação para os membros da Comunidade Awas Tingni. Já no que diz respeito aos danos imateriais, a Corte decidiu que o Estado deve pagar, a título de reparação de dano moral, no prazo de 12 meses, a soma total de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Observa-se, no caso em questão, que a Corte protegeu o direito ao meio ambiente a partir do amparo ao direito à proteção judicial e ao direito à propriedade, tendo em vista que a sentença, estabelece a proibição de realização de qualquer ato, por parte do Estado, que possa afetar a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens – estando incluídos aí os recursos naturais – localizados na zona geográfica onde os membros da Comunidade Awas Tingni habitam e realizam suas atividades.

5. Conclusão

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto principalmente por documentos que asseguram os direitos civis, políticos, econômicos e culturais. No que tange às normas protetivas do meio ambiente no âmbito da Organização dos Estados Americanos, estas não se mostram específicas e suficientes para conferir efetividade à proteção ambiental, em razão de serem desprovidas de *status* normativo. Posto isto,

torna-se importante a análise sobre a proteção internacional do meio ambiente por via reflexa, já que a aplicação das normas de direito internacional nessa matéria ainda carecem de um movimento de conscientização dos Estados, justamente por não estabelecerem sanções para o seu descumprimento.

Esta pesquisa teve como objetivo verificar como é o tratamento dispensado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos aos casos nos quais os direitos humanos se relacionam com o direito ambiental, especificamente no que diz respeito às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão internacional responsável pelo julgamento dos casos contenciosos entre indivíduos e Estado. Para isso, foram analisadas o total de 286 jurisprudências da Corte, das quais quatro tratam da proteção ambiental pela via reflexa.

Percebe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na apreciação dos casos que lhe são submetidos, tem inovado nas técnicas interpretativas com a finalidade de não deixar o meio ambiente desatendido. A partir de uma interpretação extensiva dos direitos humanos – especialmente dos direitos de comunidades indígenas e tribais – à propriedade, ao patrimônio cultural, à circulação e residência, à vida e à proteção judicial – a Corte tem fundamentado decisões que, por via oblíqua, protegem os bens ambientais, corroborando a tese da indivisibilidade, inter-relação e interdependência entre todos os direitos humanos, proclamada na Conferência de Teerã em 1968, reafirmada na Conferência Mundial de Viena de 1993 e reforçada por várias resoluções adotadas sob a égide da Organização dos Estados Americanos.

Há não apenas uma íntima relação entre ambiente e direitos humanos, mas esses interesses, muitas vezes, também se sobrepõem, na medida em que, em muitos casos, um é

pressuposto do outro. O meio ambiente se apresenta como ponto de convergência de interesses humanos e meio ambientais que apenas em seu conjunto são capazes de expressar a verdadeira complexidade das relações socioambientais. Assim sendo, os direitos humanos podem ser utilizados de forma a evitar, indiretamente, a degradação do meio ambiente.

Las protestas como expresión social y el derecho a circular: el caso argentino*

*Cristiana M.Domínguez***

Las protestas sociales en Argentina han alcanzado dimensiones tan asombrosas como preocupantes. El fenómeno conocido como “piquete” no es reciente, sino que encuentra sus orígenes a fines del siglo pasado. Sin embargo, durante todo este tiempo se ha ido transformando y perfeccionando como alternativa de petición, como modelo de protesta, como expresión de descontento y como demostración del poder de los manifestantes.

Difícilmente pueda analizarse el surgimiento del movimiento piquetero sin antes mencionar que su razón de ser es el quiebre de las políticas neoliberales que se ha venido implementado en la Argentina. El inicio de la década del 90 estuvo marcado por el empobrecimiento y la exclusión social, y el país se vio inmerso en políticas de ajuste y de restructuración de la economía. Básicamente se recurrió a la eliminación del déficit

* Este artículo es un extracto de la tesis “Public Space as a Social Conflict – Regional and International approach of the Argentine Case”, defendida en el Master Europeo de Derechos Humanos y Democratización, Centro Europeo Inter-Universitario de Derechos Humanos y Democratización, Venecia, 22 de septiembre de 2012.

** Abogada y Licenciada en Relaciones Internacionales. Secretaria ante el Ministerio Público de la Defensa, Provincia de Buenos Aires. (cdominguez@gmx.net - reunionpacifica@gmail.com).

fiscal, la desregulación de los mercados y reducción de barreras aduaneras, la paridad entre el dólar y el peso, la privatización de empresas del Estado y la descentralización administrativa. Todo ello conllevó, años más tarde, a altas tasas de desempleo y de recesión económica, que directamente afectaron a miles de personas trabajadoras¹.

Frente a la ausencia de medidas de contención, los desocupados comenzaron a expresarse en las calles, comenzando con las conocidas “puebladas” en el interior del país, que luego se fueron expandiendo a lo largo y ancho del territorio. Los casos más emblemáticos fueron los de Cutral-Co y Plaza Huincul, en Neuquén, y los de Tartagal-Mosconi, en Salta². Posteriormente, en una segunda etapa, los piquetes-puebladas se trasladaron a la ciudad, transformándose en piquetes-urbanos. Los primeros sucesos los encontramos en la zona de La Matanza, al oeste del Gran Buenos Aires³.

Así, las protestas devinieron costumbre, parte integrante de la vida diaria de todo habitante en el país. Lo que fue esporádico en sus inicios, se ha vuelto cotidiano y normal. Lo que se inició en el interior del país, se fue trasladando a la ciudad, para hoy día quebrar la vida capitalina y sus alrededores: allí donde se concentra más de un cuarto de la población.

Ahora bien, frente al piquete están quienes no participan, quienes deben circular por la vía pública, quienes deben arribar a horario a un trabajo, quienes son llevados en ambulancia,

1 Svampa, Maristella, y Sebastián Pereyra, *Entre la ruta y el barrio, La experiencia de las organizaciones piqueteras*, tercera edición, Biblos, Buenos Aires, Argentina, 2009, págs.14, 21.

2 Ibidem, pág. 19.

3 Massetti, Astor, *Piqueteros, protesta social e identidad colectiva*, primera edición. Editorial de las Ciencias, Buenos Aires, Argentina, 2004, págs. 6, 21, 39-40.

quienes deben tomar un vuelo, quienes deben ir al colegio...y un sinnfín de “quienes”. Es el espacio público el punto de conflicto de intereses, el punto de inflexión entre los actores sociales, el nudo jurídico sin desatar. Allí donde la relación está quebrada, allí donde la convivencia se divorcia.

Con un 15,4%, Argentina es, en términos cuantitativos, el país con mayor grado de participación en manifestaciones o protestas públicas en el continente americano. En segundo lugar se ubica Estados Unidos, con un 13,5%, y Perú en tercer lugar, con un 12,2%. Este porcentaje se traduce en dos veces el promedio regional⁴. Considerando el período 1997-2012, las protestas tuvieron un comienzo promisorio y luego, a lo largo de los años –a partir del 2001–, lo que podría denominarse “estabilidad de la protesta”. Conforme a estadísticas del Centro de Estudios Nueva Mayoría, los primeros seis años reflejan un crecimiento lineal, aumentando en gran medida para los años de la crisis política, social y económica del 2001, luego de la cual las protestas se duplicaron en 2002. Los cinco años posteriores marcan una tendencia de disminución, pero con cierta estabilidad numérica. Esa tendencia se quiebra en 2008⁵, para luego volver a disminuir⁶. Durante el primer cuatrimestre

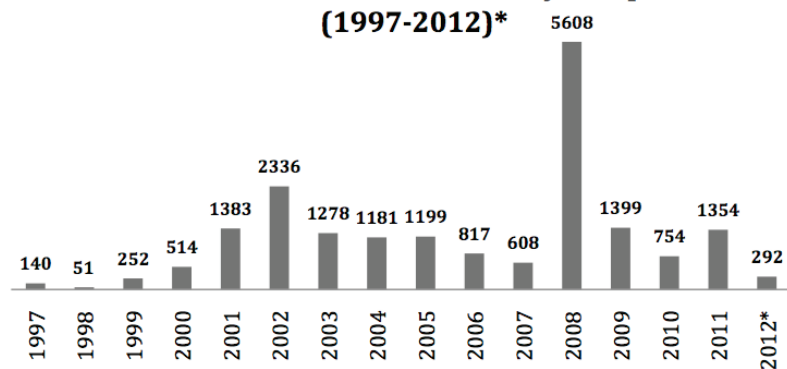
4 Lódola, Germán (autor), Mitchell A. Seligson (coord.), *Cultura política de la democracia en Argentina, 2010 – Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles*. Universidad Torcuato Di Tella, Vanderbilt University, febrero 2011, págs. 178. Disponible en: <<http://www.vanderbilt.edu/lapop/argentina/2010-culturapolitica.pdf>>, a septiembre de 2014.

5 En 2008, el gobierno emitió la Resolución 125, que implicaba un aumento considerable a las retenciones a las exportaciones de granos. Así, todo el enclave agrario y quienes los apoyaban se alzaron con éxito en protesta contra esta decisión del gobierno nacional. Ver: <<http://www.lanacion.com.ar/1031390-derogaron-la-polemica-resolucion-125>>, disponible a septiembre de 2014.

6 Centro de Estudios Nueva Mayoría, “En el 2011 los cortes de ruta y vías públicas aumentaron en un 44%”, disponible en: <<http://nuevamayoria.com/images/stories/celaforum/JosefinaCorto11231Cortes2011.pdf>>, a septiembre de 2014.

de 2012 se registraron 292 cortes⁷, es decir, cinco cortes por día en la ciudad⁸. Vale remarcar que en cifras anuales, hasta ahora las disminuciones no han vuelto a alcanzar las cifras más bajas y anteriores al período de la crisis del 2001. Y nada indica que este fenómeno tienda a desaparecer en el corto plazo.

Evolución anual de cortes de ruta y vías públicas (1997-2012)*



(*) Abarca hasta el 30 de abril de 2012 inclusive.

Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría⁹

Según señala un estudio realizado por *LAPOP Americas Barometer* en 2010, existe “cierta gimnasia en la acción de protestar”¹⁰. De quienes al menos una vez han participado de

7 Comunicación personal de Josefina Ichaso, consulta sobre estadísticas, Centro de Estudios Nueva Mayoría, Evolución anual de cortes de ruta y vías públicas (1997-2012), 23 de mayo de 2012.

8 La Nación, “En Capital hay cinco cortes de calles por día”, 12 abril de 2012, disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1464200-cont-en-capital-5-cortes-de-calles-por-dia>>, a septiembre de 2014.

9 Comunicación personal de Josefina Ichaso, consulta sobre estadísticas, Centro de Estudios Nueva Mayoría, Evolución anual de cortes de ruta y vías públicas (1997-2012), 23 de mayo de 2012.

10 Lódola, Germán (autor), Mitchell A. Seligson (coord.), *Cultura política de la democracia en Argentina*, pág. 231.

una protesta, las cifras indican que hay mayor preferencia por protestar que por elevar una petición a las autoridades; además, casi el 40% han protestado más de una vez¹¹. Nueve de cada diez personas dice haber participado en forma voluntaria y una de cada diez lo hizo bajo presión, lo que equivale al 11,1%¹². El 71,3% de la población encuestada dice haber vivenciado algún episodio de violencia: bloqueo de calles, avenidas o caminos, enfrentamientos con personal policial y con quienes no participaban de las protestas, toma de edificios públicos o privados e incluso viviendas¹³. Pero sólo el 35% le otorga legitimidad a la utilización del corte de ruta como forma de protesta, ubicando a la Argentina en el cuarto lugar en el contexto americano¹⁴, y el 20,7% aprueba la invasión a la propiedad privada como forma de protesta, ubicando al país en cuarto lugar¹⁵.

La Constitución argentina recepta los derechos involucrados en este fenómeno: derecho a peticionar a las autoridades, derecho a la libertad de expresión, derecho de reunión y de asociación, así como el derecho a la libre circulación, cuyo titular es el sujeto pasivo de la protesta. Todo ello en sus artículos 14¹⁶ y 33¹⁷ pero, principalmente, por la jerarquía constitucional de

11 *Ibidem*, pág. 231.

12 *Ibidem*, pág. 232.

13 *Ibidem*, pág. 237.

14 *Ibidem*, pág. 238-9.

15 *Ibidem*, pág. 239-40.

16 Artículo 14 Constitución Argentina: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

17 Artículo 33 Constitución Argentina: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y

los tratados internacionales en materia de derechos humanos a través del artículo 75 inc. 22. Las limitaciones al ejercicio de dichos derechos las encontramos en el artículo 22 del texto fundamental y en el artículo 194¹⁸ del Código Penal, delito de sedición y delito contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación, respectivamente.

Con relación a este último artículo, si bien las protestas han y siguen siendo abundantes en las vías de comunicación (accesos a la Ciudad de Buenos Aires, cortes de rutas, puentes, etc.), pocos han sido los casos penales que han arribado a las últimas instancias jurisdiccionales del país¹⁹. En términos generales, quienes han sido condenados por entorpecimiento de las vías de comunicación han planteado como estrategia de defensa – y recurrido las condenas – fundándose principalmente en un intento de supremacía del derecho a la protesta por sobre la libertad de circulación, a la vez que en causales de justificación penal.

Ahora bien, ante la última instancia penal – la Cámara Nacional de Casación Penal – se han confirmado dos condenas;

garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

18 Artículo 194 Código Penal Argentino: “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicaciones, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

19 *Schifrin, Marina s/recurso de casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala I, causa nro. 3905, 3 de julio 2002; *Alais, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala III, causa No. 4859/04, registro No. 199/2004, 23 de abril de 2004; *Gatti, Miguel Ángel y otro s/recurso de Casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala IV, causa 1743, registro 2657.4, 22 de junio de 2000; comunicación personal de Francisca Travieso, Secretaría de Jurisprudencia, Cámara Nacional de Casación Penal, 9/03/12.

en un tercer caso, se anuló la sentencia de primera instancia y se ordenó nuevo pronunciamiento, el que arribó a una extinción de la acción²⁰. Ante la Corte Suprema, respecto del único caso tratado, se consideró *prima facie* operada la prescripción²¹. A grandes rasgos, las sentencias confirmadas plantean que esta nueva forma de protesta social “provoca innegable violencia, pues entra en colisión con el derecho de otras personas a transitar libremente, ejercer el comercio, trabajar en libertad, vivir con tranquilidad y seguridad y preservar su propiedad”. Quienes manifiestan no detentan un mejor o mayor derecho que quienes no lo hacen. “[I]mpedir el trabajo de otros no es el modo de protestar, [...] la calle es de todos”²². La libertad, como elemento esencial del derecho de circulación, se encuentra protegida en la normativa penal. Pretender que este tipo de protesta sea el exclusivo medio o el más razonable, es pretender socavar aquel derecho.

Así, los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio²³. En esta vertiente, los derechos que emanan de ciertas cláusulas constitucionales deben armonizar con las obligaciones impuestas en otras, de manera de no

20 *Gatti, Miguel Ángel y otro s/recurso de Casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala IV, causa 1743, registro 2657.4, 22 de junio de 2000; comunicación personal de Sofía Imas, Secretaría de Jurisprudencia, Cámara Nacional de Casación Penal, 23 de mayo de 2012. Consulta telefónica, Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia, 24 de mayo de 2012.

21 *Schifrin, Marina, s/ Recurso de Hecho*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa 3905, S. 2682 XXXVIII, (consultado el 20 de abril de 2012).

22 *Schifrin, Marina s/recurso de casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Voto mayoritario.

23 *Schifrin, Marina s/recurso de casación*, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Voto mayoritario con cita fallos Corte Suprema de la Nación.

conllevar a una pugna entre las mismas²⁴. Corresponde una conciliación de las normas constitucionales.

Pues bien, ¿cuál es el panorama a nivel regional? En el caso de Estados Unidos y Perú, se aprecia que el uso del espacio público en ambos países se enmarca en un equilibrio de intereses, de derechos. Siendo el espacio público un lugarpreciado para la expresión, se deberá estar a su regulación en conformidad con el interés de todos, y su restricción, caso por caso, debe velar por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no amparando la violencia ni las protestas que se expresan a través del corte vehicular²⁵.

24 Schiffrin, Marina s/recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Voto mayoritario con cita fallos Corte Suprema de la Nación.

25 *Hague v. Committee for Industrial Organization et al.*, 307 US 496, p. 515, 516, 5 de junio de 1939; *Cox v. Louisiana*, 379 US 536, p. 554, 18 de enero 1965; *Adderley v. Florida*, 385 US 39, pp.47-48, 14 de noviembre de 1966; *Schneider v. State*, 308 US 147, pp. 147,160, 22 de noviembre de 1939; *Davenport v. City of Alexandria Virginia*, 683 F 2d 853, para 21, disponible en: <<http://openjurist.org/683/f2d/853/davenport-v-city-of-alexandria-virginia>>, consultado el 12 de abril de 2012; *Washington Mobilization Committee v. J. Cullinane*, 566 F. 2d 107, para. 48, 65, en: <<http://openjurist.org/566/f2d/107/washington-mobilization-committee-v-j-cullinane>>, consultado el 12 de abril de 2012; *United States et al., v. Grace et al.*, 461 US 171, p. 171, 20 de abril de 1983. *Cotrina Aguilar, Maria Elena, Cono Norte de Lima*, Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 349-2004-AA/TC, para. 5, 17, 19, 20, en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00349-2004-AA.html>>, consultado el 21 de mayo de 2012; *Brain Delgado, Luis Augusto y otros*, Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3482-2005-PHC/TC, para. 5, 17, 19, 20, 25 de octubre de 2005, en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03482-2005-HC.html>>, consultado el 21 de mayo de 2012; *Confederación General de Trabajadores del Perú*, Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 4677-2004-PA/TC, para. 16, 24 de diciembre de 2005, en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>>, consultado el 21 de mayo de 2012; *Cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos*, Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 00012-2008-PI/TC, Voto del Magistrado Eto Cruz, párr. 6, 12 y 13, 14 de julio de 2010, en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-AI.html>>, consultado el 21 de mayo de 2012.

En este entendimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recepta en sus informes el derecho a la protesta²⁶, al menos desde 2002, cuando las protestas sociales como fenómeno social comienzan a ser de preocupación a nivel continental. Así, esbozó ciertos lineamientos como parámetros a ser considerados por los Estados de la región. La Comisión sostiene que el derecho a protestar no es un derecho absoluto y que por tanto, se debe velar por su protección. El derecho a protestar puede ser regulado con actos tales como limitación de los tiempos, el lugar de realización o la manera a llevarse a cabo, en pos de un mejor uso del espacio público. En ese sentido, el previo aviso de la realización de una manifestación social a celebrarse en espacios públicos encuadra en las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, la criminalización per se no se encuentra amparada en la normativa suprema regional. Destáquese al respecto, que en el caso de Venezuela²⁷ la normativa penal sanciona exclusivamente la obstrucción de las vías de comunicación, y dicha circunstancia no ha sido desaprobada por la Comisión. En igual sentido, la legislación argentina –como indicáramos – prevé la sanción penal de dicho delito, por lo que entendemos que también se encuentra en claro respeto del artículo 29 de la Convención Americana. Distinto sería castigar penalmente el básico derecho de “hablar”, restringir lisa y

26 CIDH, *Informe Anual 2002*, Vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Cap. IV, “Libertad de Expresión y pobreza”, párr.30; *Informe Anual 2005*, Vol. II, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Cap. V, “Public Demonstrations as an Exercise of Freedom of Expression and Freedom of Assembly”, párr.91/95, 97/99; *Informe Anual 2008*, Vol. II, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 68; *Agenda Hemisférica para la defensa de la Libertad de Expresión*, Informe 2009, párr. 69-73; *Informe Anual 2010*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Conclusiones, Cap. VI, párr. 7.d.

27 Informe país, Venezuela, 2007.

llanamente el derecho a la libertad de expresión, que tampoco encuentra respaldo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸.

Por su parte, también la Corte Europea de Derechos Humanos entiende que el ejercicio del derecho de reunión debe ser pacífico, no encontrando resguardo legal la violencia, siendo que el orden público y los derechos de los otros también deben encontrar un eco de respaldo²⁹.

En el Sistema Universal, el primer informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Libertad de Reunión y Asociación Pacíficas³⁰ da cuenta que dichos derechos no resultan ser derechos absolutos y en tanto sean restringidos, debe hacerse por razones de seguridad, orden, salud y moral públicos³¹. El ejercicio violento de dichos derechos no está amparado por el derecho internacional. En este sentido, el hecho de mostrar indicios de ello como el “portar palos”, no encuadra en las previsiones legales³².

28 Corte IDH, *Ríos y otros v. Venezuela*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194, párr. 106; *Perozo y otros v. Venezuela*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párr. 117; *Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas., sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr.69; *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 120; *Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177; Opinión consultiva OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 30; entre otros.

29 ECtHR, *Barraco v. Francia*, 5 de marzo de 2009, párr. 46; *Austin y otros v. Reino Unido*, 15 de marzo 2012, párr. 18, 19, 21, 67, 68; *Ciloglu v. Turquía*, 6 de marzo de 2007, párr. 40, 41, 51; entre otros.

30 UN, Human Rights Council, A/HRC/RES/15/21, 6 de octubre de 2010.

31 A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, para. 15.

32 Entrevista (en español) a dos especialistas de derechos humanos, Sección Derechos Civiles y Políticos y Sección Defensores de Derechos

Pues bien, el quiebre del espacio público nos enfrenta a una encrucijada: ¿cómo congeniar el derecho a la protesta y el derecho a la libertad de circulación – el derecho a la libertad en sí mismo? Todos estos derechos, de igual importancia, se encuentran reconocidos nacional e internacionalmente, mas en resguardo del orden y seguridad públicos devienen relativos. Así, el Estado debe recurrir a la creación de normas para regular la convivencia social. Sin embargo, reflejadas las estadísticas y el análisis jurisprudencial de Argentina automáticamente se prende un llamado de atención, pues existe una extrema discordancia entre la ecuación “cantidad de protestas vs. procesos penales” (por alteración de la seguridad pública en el sentido más amplio si se permite). Este desfase se nutre a su vez, de las prescripciones penales con las que cuentan algunos casos, de una implícita jerarquización de derechos, acompañado de pasividad judicial y de tolerancia política.

Pero lo más grave es que el Estado argentino recurre a dar el visto bueno a los piquetes violentos. Y es que el derecho de reunión violento no encuentra sustento legal en ningún instrumento internacional. La portación de “palos”, la “quema de neumáticos”, reflejan actos de violencia. No así “las caras cubiertas”, pero entendemos que acompañadas de una intención de violencia, el derecho a la libertad de expresión se vacía de contenido.

Sin entrar a clasificar a los grupos que manifiestan, sus motivos, sus problemas, sus situaciones socio-económicas – consideramos que cualquier ciudadano tiene derecho a expresarse con igual protección estatal, sin entrar en categorías y mucho menos en discriminaciones –, lo cierto es que a lo largo de los años, este fenómeno devenido cotidiano viene afectando “en

forma continuada” el uso del espacio público, de la circulación de millones de personas, de bienes y servicios.

Es desde esta óptica de análisis –globalmente abarcadora del problema – que debiera construirse una solución balanceada de derechos, sin alterar inmotivadamente los derechos de terceros. De allí que se hace imperioso tomar conciencia que una protesta como tal dista mucho de ser una protesta que tiene como medio ilegítimo el bloqueo de una autopista, como objetivo de expresión. El reclamo, por más básico y fundamental que sea, no encuentra legitimación alguna en la lesión de derechos hacia terceros, ajenos a la generación de aquel reclamo.

Es en este entendimiento que el proyecto de ley P-084 que presentamos ante el Congreso Nacional³³, nos brinda una solución al conflicto de intereses que venimos abordando. El mismo encara la problemática desde la previsión y prevención, con un sistema de “Gestión de las Notificaciones” coordinado por una secretaria ministerial creada al efecto.

El proyecto de ley prevé un procedimiento en el que el Estado puede proponer alternativas de tiempo modo y lugar, ponderando los principios de orden y seguridad públicos y con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, o bien, objetar la notificación si ésta fue comunicada antes de las 72 horas hábiles a la manifestación pretendida.

Dichas alternativas serían propuestas por el Estado conforme criterios de valoración, a saber -entre otros-: • proporción entre la cantidad de manifestantes, el espacio público a afectarse y

33 El «Proyecto de Ley sobre Convivencia Ciudadana: Ley de Regulación de las Manifestaciones Sociales Pacíficas en Espacios Públicos», ingresado bajo el registro “P-084” fue presentado por la autora el día 5 de agosto de 2014, en carácter de particular. El mismo se encuentra actualmente en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso Nacional.

si éste se trata o no de vías de comunicación; • horarios pico; • días previos o posteriores a días feriados; • zonas afectadas por obras públicas; • manifestaciones en vías de comunicación inter-jurisdiccionales y autovías; • preservación del patrimonio de Estado.

Ahora bien, el caso argentino refleja ser un caso emblemático al encontrarse mayormente afectada el área más densamente poblada del país, y dado que en muchas ocasiones se realizan manifestaciones en simultáneo en varios puntos neurálgicos, esta singular característica amerita una ceñida solución.

Para el caso, el proyecto prevé básicamente la aplicación del principio de igualdad, esto es: si más de un grupo de manifestantes pretende expresarse a la misma hora, día y lugar, pues primará quien haya notificado en primera instancia; si se pretende por días consecutivos, las manifestaciones debieran ser alternadas entre los interesados y llegado el caso, dar espacio a quien aún no se haya manifestado; si los interesados pretendieran ocupar el espacio público con medios de transporte, primará eventualmente las manifestaciones de otros interesados.

Quedan prohibidas las manifestaciones ejercidas con violencia; las que obstruyen totalmente las vías de comunicación, o más de la mitad de los carriles respecto de cada sentido de circulación, y aquellas que obstruyen total o parcialmente los carriles exclusivos para el transporte de pasajeros.

Resta decir que las manifestaciones espontáneas serán pasibles de ser dispersadas por la autoridad competente, cuando concurra alguna prohibición y sean de aplicación los criterios de valoración brevemente reseñados. A todo evento, primará el carácter urgente y la imposibilidad de la comunicación en tiempo oportuno.

Optar por la aplicación de obligaciones asumidas internacionalmente debiera ser la tarea primordial. La clave es el respeto armónico de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona

*Ana Lúcia Gasparoto**

*Jayme Wanderley Gasparoto***

*José Blanes Sala***

Introducción

Hoy en día es consenso que el Derecho tiene la obligación primordial de regular la vida en sociedad, y establecer las reglas

* Ana Lúcia Gasparoto tiene formación en Derecho por la Universidad “Estadual de Londrina, UEL”, Brasil, Especialización en Metodología de la Acción Docente por la UEL, Maestría en Derecho por el UNIVEM, Doctorado en Ciencias Sociales de Doctora en Ciencias Sociales por la Universidade “Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Campus de Marília, São Paulo, Brasil”, Vice-líder de GEO-Grupo de Estudios y Investigación en Organizaciones Internacionales en “UNESP/Marília”.

** Jayme Wanderley Gasparoto es Profesor colaborador del Programa de Posgrado en Ciencias Sociales en “UNESP, Campus de Marília, São Paulo, Brasil”, tiene formación en Derecho por la Fundación de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Brasil, Ciencias Sociales por Universidade “Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil”, Doctorado en Ciencias, Área de Sociología, por la “UNESP, Brasil”.

*** José Blanes Sala es Profesor Adjunto de la Universidad “Federal do ABC, UFABC, São Bernardo do Campo, São Paulo, Brasil”, y participa como miembro permanente del “Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais da UFABC” tiene formación en Derecho, Maestría y Doctorado en Derecho Internacional por la Universidad “de São Paulo, USP”, São Paulo, Brasil, y trabajó en las “Prefeituras de Santo André e Diadema, y en la “Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo”.

para la interacción entre las personas. Cuando se piensa en los derechos humanos, en los Estados surge por lo general la pregunta de cuáles son esos derechos y de qué manera deben protegerse en la vida cotidiana.

Ocurre que, cuando el Estado no protege estos derechos, los individuos se sienten agraviados y a menudo asumen que no tienen otro lugar a donde acudir. Sin embargo, las relaciones internacionales - más específicamente, el Derecho Internacional - a través de las organizaciones internacionales de las que son miembros esos Estados, tratan de hacer frente a esta situación mediante la protección internacional de los derechos humanos.

Instituciones internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Consejo de Europa (COE), han creado una estructura regulada por instrumentos que amparan los derechos humanos, cuando éstos son violados al interior del Estado, y el mismo no da solución a las violaciones. En este marco de protección internacional de los derechos humanos, hay estructuras en el escenario mundial y en el ámbito regional.

Este artículo tiene como objetivo investigar las estructuras que apoyan la protección internacional de los derechos humanos a nivel regional, especialmente las creadas por la OEA y el COE. Pretende profundizar en el estudio comparativo de estos dos sistemas de protección de los derechos humanos y de los tribunales correspondientes.

Aunque la protección de los derechos humanos en el continente americano y el europeo esté suficientemente garantizada a través de tratados internacionales, no todos los Estados los han ratificado. Por otra parte, mientras que casi todos los Estados del continente europeo están bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en las Américas,

varios Estados no han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a pesar de haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención, CADH)¹.

En las Américas, la idea de que un Estado puede ceder parte de su soberanía – lo que incluye aceptar la jurisdicción de un tribunal que juzga sólo los casos relacionados con la protección de las personas – no está generalizada. Por esta razón, varios países, entre ellos los Estados Unidos de América (EEUU) no han aceptado la competencia de la Corte IDH. Pero, incluso este país ha ratificado la CADH, con sujeción a la observación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con relación a la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – esto a pesar de que la sede de la CIDH esté en Washington D.C.

El estudio comparativo de estos tribunales se justifica porque es la evaluación de los dos principales sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que abarcan dos continentes de la comunidad internacional occidental: el americano y el europeo. Al analizar si los tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos tienen como prioridad la regla que mejor favorece a la persona, – es decir, si la Corte IDH y el TEDH pronuncian sus juicios y expresan opiniones sobre un tema particular con relación a sus respectivos convenios, priorizando la regla que mejor protege a la persona – se comprobará si estos tribunales protegen de hecho al pueblo y sus intereses.

Esto es importante para la vida en sociedad porque un Estado

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, en el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

que es condenado por un tribunal internacional, tomando en consideración el principio de la regla más favorable a la persona, cumplirá con la sentencia, lo que ampara la vida y la seguridad al interior de ese Estado. También es esencial porque cuando un Estado hace una consulta a la corte de su región acerca de la aplicación a nivel interno de alguna regla sobre derechos humanos incluida en la convención respectiva, y ésta resulta en conflicto con la norma interna, si la opinión emitida por esa corte es favorable a la persona el Estado que hizo la consulta no tendrá su respaldo para aplicar una regla menos favorable.

Por otra parte, se puede comprobar cuál de los dos sistemas es más completo, así como los puntos que deben mejorarse para responder mejor a la finalidad que se proponen: la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Al hacer un análisis de los instrumentos internacionales que rigen la protección de los derechos humanos en la OEA y la Unión Europea, es evidente que éstos fueron desarrollados teniendo en cuenta una serie de principios jurídicos derivados de la esfera de los derechos humanos. Entre estos principios, uno fundamental para la existencia misma de un sistema que tiene por objeto proteger los derechos humanos es el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona (*principio pro homine*). Aunque los otros principios son esenciales para la realización de un sistema de esta naturaleza, es pertinente verificar si, al dar sentencia, un tribunal internacional de derechos humanos emplea un principio que, por su naturaleza, podría llevar a la aplicación de una regla no específica de la Convención Europea y de la CADH.

Otro objetivo de esta investigación es, pues, verificar la aplicabilidad de este principio en las sentencias y opiniones consultivas dictadas por los tribunales europeo e interamericano

de derechos humanos, teniendo en cuenta que el principio de primacía de la norma más favorable a la persona determina que, si hay un conflicto entre una norma interna y la norma internacional, el intérprete debe aplicar necesariamente la norma más favorable a la persona, lo que hace imposible invocar una norma internacional para reducir los derechos ya consagrados en otros tratados, o incluso en el derecho interno.

Cabe señalar que la CIDH es el último órgano del Sistema Interamericano al que las personas pueden recurrir, a diferencia del Sistema Europeo, donde la persona puede apelar directamente al tribunal.

Para lograr los fines expuestos, se realizó el levantamiento de todas las sentencias y opiniones consultivas de Corte IDH y del TEDH, para verificar en cuales de ellas se cita el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona. De la Corte IDH fueron revisadas todas las sentencias y opiniones consultivas emitidas desde su creación. Del TEDH fueron estudiadas las emitidas desde el 1 de enero de 1999, ya que el Protocolo Adicional No 11 entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 y se concedieron doce meses de plazo para hacer ajustes en el Sistema Europeo, teniendo en cuenta que el – “nuevo” – Tribunal no contaba con la ayuda de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

La Corte IDH tiene 62 casos contenciosos y seis opiniones consultivas en los que se cita el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona.

El TEDH tiene diecisiete casos en los que se encontró el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona; no se hace en ninguna opinión consultiva.

No hay una forma establecida para obligar a un Estado a

cumplir con las sentencias de la Corte IDH y el TEDH. Sin embargo, las condenas se cumplen en la mayoría de los casos, debido a que los Estados miembros son condenados por sus respectivos sistemas de protección de los derechos humanos (Interamericano y Europeo. El cumplimiento se da de manera voluntaria en la mayoría de los casos.

Por último, se hace hincapié en que el análisis de las sentencias se limita a aquellas en las que se menciona y/o discute a profundidad el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, que consta en el artículo 29 de la CADH y el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales² (CEDH).

1. La importancia de los principios de derechos humanos

Los principios son reglas de derecho superiores a las otras que se concretan en la expresión de las intenciones subjetivas en las que se fundamentan. Los principios generales del Derecho son la base de todas las normas legales; de esto resulta la consecuencia de hacer justicia efectiva en el ámbito internacional. Los principios no son superiores a los tratados, aunque son los elementos fundamentales, el origen y la causa del orden jurídico internacional.

Los principios generales del Derecho son los modelos esenciales que están en la base de cualquier redacción jurídica, e influyen en el proceso de creación de las normas jurídicas. Los principios del Derecho Internacional general son inherentes

2 Promulgado en Roma, Italia, en el 4 de noviembre de 1950, por el Consejo de Europa; vigente a partir del 3 de septiembre de 1953.

al mismo, y, aunque toman en cuenta los principios generales del Derecho, se basan en la naturaleza de la realidad social internacional³.

Los tribunales internacionales tienen como premisa el basarse en principios “generalmente reconocidos”, tales como el principio de la independencia y la igualdad de los Estados. Por su naturaleza, éstos son propios del Derecho Internacional, se originan en las costumbres y no deben ser confundidos con los principios generales del Derecho. La base de estos principios son costumbres tan bien establecidas que el juez internacional que confía en ellos no cree en la necesidad de invocar precedentes para probarlos.

Debido a su generalidad y a su base en las costumbres, estos principios son considerados fundamentales, en el sentido de que tienen mayor validez que otras normas de Derecho Internacional y de que son reglas que los Estados no pueden ignorar. Por otra parte, la noción de los principios fundamentales del Derecho Internacional ha ido ganando terreno después de la Segunda Guerra Mundial⁴.

Los principios más importantes en materia de derechos humanos son su carácter universal y su origen en la costumbre, sobre todo en el derecho internacional consuetudinario, por lo que, por ejemplo, un juez de una corte internacional no encuentra la necesidad de apoyarse en precedentes, históricos o incluso de la jurisprudencia, para hacer uso de estos principios. En este

3 Pagliari, Arturo Santiago. “El Derecho Internacional Público: funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. IV, 2004, págs. 457-473.

4 Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, sección sobre “Obras de Política y Derecho”, séptima edición. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000, pág. 819.

contexto se entiende el principio *pro homine*, o de la primacía de la regla más favorable a la persona, que es un principio jurídico utilizado por los tribunales internacionales de derechos humanos en el caso de conflicto entre normas.

Los principios jurídicos tienen funciones diferentes que, al igual que los derechos humanos, están en constante evolución. Según Coto⁵, algunas de sus funciones son:

- **Función estructural:** constituye los principios jurídicos como ideas básicas que gobiernan respecto del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el principio de la libertad y el de la igualdad, entre otros.
- **Función orientadora:** los principios establecen lineamientos para determinar el contenido de los derechos fundamentales relativos a la exigencia de su protección, por ejemplo, el principio de libertad con respecto al principio de la libertad sindical.
- **Función interpretadora:** los principios son de valor para la interpretación y aplicación de los preceptos legales, tanto en el Derecho Interno como en el Derecho Internacional.
- **Función optimizadora:** se debe elegir el precepto de una mejor protección de los derechos humanos, por ejemplo, el principio de *pro homine*, el trabajo interpretativo de los principios jurídicos.
- **Función armonizadora:** los principios jurídicos, al constituirse en paradigmas, permiten concertar las normas

5 Coto, Luis. “Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos. Disponible en <http://principios-juridicos.tripod.com>, a octubre de 2014.

del Derecho Interno con las del Derecho Internacional, que concurran en la aplicación del caso concreto, buscando la más favorable.

- **Función integradora:** son los principios jurídicos aplicables en los casos en que hay lagunas de la ley o en casos en que hay normas con conceptos indeterminados, o normas abiertas o flexibles, como el principio de buena fe.
- **Función de “perfeccionamiento”:** la función “perfecciona” el sistema legal porque funciona como una especie de herramienta de superación de conflictos entre normas.

Los principios consagrados en la legislación europea de derechos humanos reflejan una preocupación constante por la protección efectiva. El artículo 1 del CEDH establece que los derechos y libertades enunciados en él son reconocidos por el Estado a cualquier persona dentro de su jurisdicción, es decir, su aplicabilidad es amplia. Las disposiciones del CEDH son de aplicación directa y cualquier persona puede invocarlas ante los tribunales nacionales del continente. El mecanismo de control europeo es subsidiario con relación a los sistemas nacionales de promoción de los derechos humanos: el TEDH no puede ser sólo un recurso; el solicitante, antes de recurrir a este tribunal, debe agotar todos los recursos internos⁶.

En la CADH hay varios principios legales – como el principio que afirma que todos los Estados miembros se comprometen a reconocer y respetar los derechos y libertades consagrados en este instrumento internacional.

6 Renucci, Jean-François. *Introduction Générale à la Convention Européenne des Droits de l’Homme: Droits garantis et mécanisme de protection*. Editions du Conseil de l’Europe, Conseil de l’Europe, Estrasburgo, Francia. 2005, pág. 137.

2. El principio de la primacía de la norma más favorable a la persona

La determinación de la mayor benignidad se puede hacer mediante la combinación de leyes, para que se reconozca en cada una de ellas la parte más beneficiosa. No se trata de la creación de una tercera ley, sino de efectuar un proceso de integración para establecer cuál es la ley más favorable a la persona.

El principio de la aplicación de la ley más favorable a la persona implica la adopción de dos principios del derecho penal, que no se pueden separar: el principio de irretroactividad de la ley más severa y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable a la persona. Sería una combinación de dos reglas (reglas que incorporan estos principios), y no la creación de una tercera regla. Es un proceso de integración que reconoce la parte más beneficiosa para la persona.

El principio de la irretroactividad de la ley más severa determina que la ley sólo puede aplicarse a hechos ocurridos después de la vigencia de la ley, es decir, no puede aplicarse a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor. Este principio está consagrado en el artículo 7 del CEDH y en el artículo 9 de la CADH. Esta es también una de las funciones del principio de legalidad contenido en ambos artículos.

El principio de retroactividad de la ley más favorable – también previsto en el artículo 9 de la CADH⁷ – estipula que nadie puede ser castigado por el hecho de que la ley posterior no tiene en cuenta el crimen, cesando, debido a esto, la aplicación y los efectos de la condena penal. Por lo tanto, aunque no

7 *In fine*: “Tampoco se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento del delito. Si después del delito la ley dispone de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella”.

exista una sentencia condenatoria por la que entre en vigor una normativa que ordena que este hecho no sea considerado delito, la aplicación cesaría. Este principio no se encuentra en el CEDH.

El Derecho Internacional trabaja junto al Derecho Interno de cada Estado, lo que genera conflictos, sobre todo con respecto a la ejecución de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos. En un intento por resolver cualquier conflicto relativo al cumplimiento de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (IIDH) establece el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona⁸. Éste establece que cuando hay conflicto entre la norma interna y la norma internacional, la norma que se debe aplicar es la más favorable a la persona, no importando si ésta pertenece a uno u otro ámbito⁹.

Y es que, cuando se trata de los tratados internacionales, se plantea el problema de cuál derecho debe prevalecer: el Derecho Interno de un Estado o el Derecho Internacional Público. El principio de la primacía de la norma más favorable es una cláusula individual prevista en los tratados internacionales de derechos humanos, para que sea imposible invocar una norma internacional con la intención de reducir los derechos ya consagrados en otros tratados internacionales o en el Derecho Interno del Estado.

La inclusión del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona en los tratados internacionales puede entenderse como una solución al conflicto entre las teorías

8 Ramos, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Primera edición, Editora Renovar, Rio de Janeiro, RJ, 2004, pág. 146.

9 *Ibidem*.

monistas y dualistas. La teoría monista entiende que no hay dos sistemas jurídicos autónomos, independientes y no derivados, es decir, postula la existencia de un ordenamiento jurídico único. La concepción monista se subdivide en dos posiciones: una que defiende la primacía de la legislación nacional y la otra, la del Derecho Internacional.

La posición que defiende la primacía de la legislación nacional considera que el Estado tiene la soberanía absoluta y, por consiguiente, no está sujeto a ningún sistema jurídico que no ha emanado de su propia voluntad. Por lo tanto, el fundamento del Derecho Internacional es la autolimitación del Estado, y este derecho retira la obligación del Derecho Interno, quedando reducido a un “derecho externo del Estado”. El Derecho Internacional es un Derecho Interno que los Estados aplican en su vida internacional. Esta teoría ha experimentado numerosas críticas, siendo de notar la que dice que niega la existencia del propio Derecho Internacional como un derecho autónomo e independiente, reduciéndolo a un derecho estatal.

La concepción monista que defiende la primacía del Derecho Internacional, considera que no existen diferencias fundamentales entre los dos ordenamientos jurídicos (internacional y doméstico), y la noción de soberanía debe ser entendida como dependiente del orden internacional¹⁰. La crítica más importante es que no corresponde a la historia, que enseña que el Estado es anterior al Derecho Internacional¹¹.

La teoría dualista sostiene que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas separados e independientes,

10 Esta concepción fue desarrollada principalmente por la escuela de Viena, sobre todo por Hans Kelsen en su *Teoria Pura do Direito*.

11 Mello, Celso D. de A., *Curso de Direito Internacional Público*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, RJ, 1997, págs. 105-106.

que no se mezclan. Según esta teoría, el Derecho Internacional se ocupa de las relaciones entre los Estados, mientras que el Derecho Interno regula las relaciones entre los individuos. También postula que la legislación interna depende de la voluntad unilateral del Estado, mientras que el Derecho Internacional por lo de la voluntad común de varios Estados.

Esta teoría conduce a la llamada “teoría de la incorporación”, según la cual, para que una norma internacional sea aplicada en el ámbito interno del Estado, es necesario que ésta se transforme en ley nacional, incorporándose así al ordenamiento jurídico del Estado. También esta posición ha sufrido muchas críticas, siendo la más significativa la que postula que la persona también es considerada sujeto internacional, y tiene derechos y deberes otorgados directamente por el orden internacional¹².

André Ramos¹³ explica que

“Para el derecho internacional, los actos normativos (leyes, actos administrativos e incluso decisiones judiciales) son expresiones de la voluntad de un Estado, que debe ser compatible con sus compromisos internacionales anteriores, sino el Estado puede ser responsabilizado a nivel internacional. En consecuencia, un Estado no puede justificar la violación de una obligación internacional en virtud del comando interno, puede ser coaccionado (basado en la teoría

12 Accioly, Hildebrando y Geraldo Eulálio do Nascimento Silva. *Manual de Direito Internacional Público*. 13ª edición. Editora Saraiva, São Paulo, SP, 1998, págs. 61-62; Mello, Celso D. de A.. *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 104.

13 Ramos, André de Carvalho. “O Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na Relação do Direito Internacional e o Direito Interno”, en: *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Año I, No. 4, jul./set., 2002, Brasília, DF, pág. 61.

contemporánea de la responsabilidad internacional del Estado) para reparar el daño”.

En palabras de Guido Soares¹⁴

“Los tribunales y árbitros internacionales sólo aplicarán reglas de los sistemas jurídicos nacionales si tales reglas pertenecen al sistema normativo internacional, en virtud del funcionamiento de las fuentes del derecho internacional”.

Los tratados internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos se diferencian del resto por su carácter especial: mientras que los otros intentan establecer el equilibrio y la reciprocidad de las relaciones entre los Estados que son parte en el mismo, los de derechos humanos están destinados a la protección del ser humano, y no de las prerrogativas de los Estados. Así, los Estados asumen obligaciones con las personas sujetas a su jurisdicción, y no con el otro Estado¹⁵.

Juan Antonio Travieso¹⁶ corrobora este argumento:

“Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 meta y propósito es proteger los derechos fundamentales de los seres humanos,

14 Ramos, André de Carvalho. “O Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na Relação do Direito Internacional e o Direito Interno”.

15 Ramos, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Pág. 36-37.

16 Piovesan, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Primera edición. Editora Max Limonad, São Paulo, SP. 1998, págs. 37-38.

independientemente de su nacionalidad, tanto ante su propio Estado, como ante los demás Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados están sujetos a un orden jurídico dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino con las personas bajo su jurisdicción. Por lo tanto, la Convención no sólo obliga a los Estados Partes, sino que concede garantías a las personas. Así, y con razón, no puede ser interpretado como cualquier otro tratado”.

Por otra parte, los tratados internacionales de derechos humanos vienen a mejorar y fortalecer el grado de protección de los derechos consagrados en el Derecho Constitucional.

Según Fix-Zamudio¹⁷, se observa que en los ordenamientos jurídicos internos de los países del continente americano, se ha producido una evolución encaminada a la concesión de mayor jerarquía, aunque con ciertas limitaciones, de las normas del Derecho Internacional, en particular las de carácter convencional, sobre las normas del Derecho Interno, inspirado de alguna manera, en la evolución que se puede observar en los países europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Nos parece que tiene sentido, porque si los países han ratificado las convenciones internacionales, en el ejercicio de su soberanía, las normas de los tratados internacionales tienen jerarquía sobre las del Derecho Interno en caso de conflicto de normas.

Ante cualquier contradicción entre el Derecho Constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos, el criterio

17 Fix-Zamudio, Héctor. “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en; *Revista Latinoamericana de Derecho*. No.1, enero-junio. 2004, pág. 175.

utilizado es el de seleccionar la norma más favorable a la persona, la que mejor protege sus derechos, sea ésta la constitucional o la internacional. André de Carvalho Ramos señala que

[...] debe quedar claro que es el Derecho Internacional el que determina la prevalencia de la norma, que, en caso de la protección de los derechos humanos, es la más favorable a la persona.

El precepto de la primacía de la norma más favorable, el principio *pro homine*, fue creado en el marco del DIDH para resolver posibles conflictos entre la norma interna y la internacional. Este principio indica que el intérprete debe aplicar la norma más favorable a la persona, ya sea una norma de Derecho Interno o de Derecho Internacional¹⁸. Trata sobre un criterio de interpretación que, cuando implica el reconocimiento de derechos protegidos, supone el uso de la interpretación más amplia de la norma¹⁹.

Con respecto a la protección de los derechos humanos, el Derecho Internacional y el Derecho Interno interactúan impulsados por las mismas necesidades de protección, con predominio de la norma que mejor protege a los seres humanos.

Nikken²⁰ señala que el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un tratado

18 Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Segunda edición, vols, I y II. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, RS. 2003, pág. 542.

19 Mónica Pinto, citada por: Coto, Luis. “Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos”...pág. 4.

20 Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*. Primera edición. Editorial Civitas, Madrid, España, 1987, pág. 110.

deberá interpretarse de buena fe en conformidad con el sentido corriente de los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin²¹. Así, basándose en la orientación de esta regla y en las consecuencias que surgen debido a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, se adoptan criterios de interpretación con el fin de determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada para su propósito, que es la protección de los derechos humanos. Es decir, la interpretación se hace de manera que garantice la plena protección de los derechos humanos de la persona.

Sin embargo, debemos recordar que el propósito y objeto de los tratados de derechos humanos es otorgar derechos a las personas ante el Estado y no regular las relaciones entre los Estados, como el “derecho de gentes”²². Según señala Ramos²³, al Derecho Internacional no le importa si la constitución es monista o dualista, ya que conforme con este derecho, el Estado siempre debe cumplir con la norma internacional. Para el Derecho Internacional sólo sus propias fuentes normativas son importantes, y el Derecho Interno sólo será utilizado si la norma internacional hace referencia a él, es decir, cuando de esa manera se cumple con el principio de la primacía de la norma más favorable. Por lo tanto, es el propio Derecho Internacional, a través de las cláusulas de los tratados internacionales, lo que permite la aplicación de un reglamento interno de un Estado, si la norma es la que asiste al individuo. Es de señalar que la

21 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena en el 23 de mayo de 1969, vigente a partir del 27 de enero de 1980.

22 Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine”, en: *Revista IIDH*, No. 39, enero-junio 2004, pág. 88.

23 Ramos, André de Carvalho, “O Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na Relação do Direito Internacional e o Direito Interno”...págs.68-69.

primacía de la norma más favorable al individuo es común en los tratados internacionales de derechos humanos.

El autor concluye:

“La *régle d’or* de interpretación de las normas de protección internacional de los derechos humanos es la primacía de la norma más favorable a la persona. La búsqueda de la mayor protección posible es evidente en los tratados; en ellos se menciona la imposibilidad de interpretación del tratado que excluya o retire la protección legal ya alcanzada”²⁴.

El propósito del sistema internacional de protección de los derechos humanos es proteger a las personas para que sus derechos no sean infringidos. Así, parece lógico que, por encima de la legislación nacional y del Derecho Internacional, predominen los derechos de la persona. Es decir, la norma que ha de aplicarse, sea nacional o internacional, deberá ser aquella cuya protección es más amplia y eficiente para proteger estos derechos.

Consecuentemente, el principio de la primacía de la regla más favorable a la persona es fundamental para que, tanto los jueces de Corte IDH y del TEDH, cuanto los representantes de las víctimas de infracciones de derechos humanos y de los Estados acusados, entiendan que la cuestión no es aplicar reglas internacionales o nacionales, sino siempre la que resulte más favorable a la persona.

En el Sistema Europeo no hay obligación específica de incorporarlas ni de adaptarlas a la normas de la Convención

24 Ibidem, pág. 69.

Europea de Derechos Humanos²⁵. Sin embargo, hay diferentes maneras de incorporar el Derecho Internacional en el Derecho Interno, y una serie de mecanismos y de interpretaciones para la ejecución de las sentencias del TEDH²⁶.

En el Sistema Interamericano, dentro de los sistemas constitucionales de los Estados la tendencia actual es de concesión del estatus superior del DIDH, así como del Derecho Internacional Humanitario²⁷. Como resultado, estos países han adaptado su legislación interna a sus obligaciones internacionales para la prevención de futuras infracciones, y han empezado a redactar leyes que buscan el cumplimiento de las resoluciones internacionales y incluyen fuentes del Derecho Internacional en el repertorio de las fuentes del Derecho Interno²⁸. Pero, a pesar de los avances significativos y las leyes nacionales que facilitan el cumplimiento de las sentencias en los países del continente americano, todavía hay obstáculos para la ejecución de las sentencias de la Corte IDH, especialmente por razones políticas y financieras.

Como explica Cançado Trindade²⁹, los Estados suelen cumplir con la parte de la sentencia que trata de la indemnización de carácter pecuniario, pero no necesariamente cumplen con la parte de la sentencia que trata de reparaciones de carácter no pecuniario, especialmente las relativas a la investigación efectiva de los hechos que dieron lugar a las violaciones y la

25 Alvarado, Paola Andrea Acosta. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre de 2007, pág., 46.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*, págs. 47-48.

28 *Ibidem*, pág. 48.

29 *Ibidem*, pág. 49.

identificación y sanción de los responsables por las violaciones, que, en palabras del autor, son “[...] indispensables para acabar con la impunidad (con sus consecuencias negativas para el tejido social en su conjunto)”.

De hecho, parece muy negativo para la sociedad que el Estado indemnice a la víctima de infracción de derechos humanos que ocurren en el interior del Estado, sin que se identifique al agente de la violación y, por lo tanto, éste quede sin castigo. Es como si el Estado estuviese de acuerdo con dicha conducta y, cuando sea sentenciado por tal connivencia, sólo indemnizase a las víctimas. Lo mejor para la sociedad, para el Sistema Interamericano y para la imagen misma del Estado es que éste cumpla con la sentencia de la Corte IDH en su totalidad, es decir, que no sólo compense financieramente a las víctimas, sino que identifique y sancione a los responsables de infracciones a los derechos humanos.

3. La aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona

a. Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El principio de la primacía de la norma más favorable a la persona es parte de la CADH, artículo 29, Capítulo IV, que trata de las reglas de interpretación:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho

o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Aunque este artículo discute la imposibilidad de cualquier interpretación que limite los derechos establecidos en la Convención, concretamente en el apartado “b” se reconoce el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, dispone que no se puede interpretar la CADH en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que se reconoce en una norma interna del Estado parte o en otra convención de la que ese Estado sea parte. En esos casos, la CADH no puede utilizarse como medio para limitar los derechos y libertades individuales.

Al 18 de enero de 2013, la Corte IDH había emitido 259 sentencias. Como se indicó anteriormente, para esta investigación se hizo una revisión de todas las sentencias emitidas y se encontró 62 donde se hace mención del principio de primacía de la norma más favorable a la persona, que consta en el artículo 29 de la CADH. Algunas de estas sentencias desarrollan este principio de manera más profunda.

En el caso de *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*³⁰, entre los alegatos de los representantes de las víctimas se incluyó que hubo violación al artículo 6.2 de la CADH; se solicitó a la

30 Corte IDH. *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No 148.

Corte IDH que analizara el contenido y alcance de ese artículo, teniendo en cuenta las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención en cuanto al significado de la prohibición del trabajo forzoso y obligatorio. Cabe señalar que el artículo 6 de la Convención prevé la prohibición de la esclavitud y servidumbre, y el inciso 2 prevé la prohibición del trabajo forzoso y obligatorio.

Los representantes de las víctimas también alegaron que, en otros casos, la Corte IDH y el TEDH habían señalado que los tratados de derechos humanos son herramientas vivas, y que la interpretación de estos tratados debe acompañar la evolución de las condiciones actuales de vida. Además, que la interpretación evolutiva es coherente con las reglas generales de interpretación que se encuentran en el artículo 29 de la CADH y con las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Igualmente, alegaron que la Corte IDH afirma que, al interpretar un tratado, se deben tener en cuenta los acuerdos e instrumentos formales referentes al mismo (art. 31, inciso 2, de la Convención de Viena) y el sistema en el cual se inscribe ese tratado (art. 31, inciso 3, de esta Convención).

La Corte IDH ha entendido la necesidad de utilizar otros tratados internacionales, no solamente la CADH. En el caso del alegato de violación al artículo 6.2 de la Convención, esto significó el uso del Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Forzoso u Obligatorio³¹ para interpretar sus disposiciones conforme la evolución del Sistema Interamericano, teniendo en cuenta el desarrollo del DIDH.

31 Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de junio de 1930, en la 14ª. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo; vigente a partir del 1 de mayo de 1932.

Con relación al alegato sobre los alcances del artículo 21 de la Convención, la Corte IDH consideró apropiado, de acuerdo con el artículo 29 de la misma Convención, utilizar el Protocolo II de la Convención de Ginebra el 12 de agosto de 1949³², relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados. Colombia ha ratificado las convenciones de Ginebra el 8 de noviembre de 1961, y adherido a las disposiciones del Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra el 14 de agosto de 1995.

Haciendo una interpretación evolutiva del artículo 22 de la CADH, a la luz de las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29 b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, la Corte IDH consideró que el artículo 22.1 de la CADH protege el derecho de no ser desalojado de manera forzosa dentro de un Estado miembro de la Convención. Así, la Corte IDH decidió por la condena del Estado.

En este caso, vemos que fue aplicado el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona y que, aun cuando se alegara la violación de algunos artículos de la Convención, la Corte IDH estuvo atenta a hacer uso del principio *pro homine* con relación a la violación de algunos artículos. Incluso los jueces entendieron que, en consideración de otros tratados (citados en la sentencia), se podía exigir mayor resarcimiento para las víctimas de las violaciones, ya que estos tratados atendían mejor las necesidades de las víctimas. Además, a partir de la discusión evolutiva de los tratados, la Corte IDH aseguró la aplicación del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, ya que el texto de la CADH es de 1969, y debido a la evolución de los derechos humanos, hoy en día la violación a algunos derechos implica una mayor reparación a las víctimas.

32 Adoptado el 8 de junio de 1977.

En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*³³, la discusión sobre el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona la hizo el juez Antonio Augusto Cançado Trindade en su voto fundamentado. El juez enseña que la interpretación evaluativa de las convenciones americana y europea de los derechos humanos es seguida por los jueces de las dos cortes, como un medio de cumplir con las necesidades de protección del ser humano. Incluso cita el ejemplo de la opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre asistencia consular, en que la Corte IDH, al interpretar las normas de la CADH, afirma que la protección en situaciones nuevas debe ser extendida sobre la base de los derechos preexistentes – como, en este caso, la observación del derecho a la información sobre asistencia consular.

Otro ejemplo que, en las palabras del juez, demuestra la convergencia de las sentencias de la Corte IDH y el TEDH es el caso *Lozidou vs. Turquía*, de 1995, en que el Tribunal Europeo descartó, de manera expresa, restricciones que consideró indebidas, y que sólo servirían para “seriamente debilitar” su papel en el cumplimiento de sus funciones y “disminuir la efectividad de la Convención como un instrumento constitucional del orden público europeo”. Y nos recuerda que la Corte IDH procura siempre enfatizar el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y la naturaleza de las obligaciones que surgen de estos tratados.

El juez Cançado Trindade expone la interacción entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, en el sentido de que los tratados de derechos humanos posibilitan que sea aplicada la ley interna si ésta es la más favorable a la persona.

33 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No 123.

Finalmente, explica que la interacción ocurre entre los tratados de protección de los derechos humanos “en el proceso de interpretación”, considerando siempre la aplicación de la norma que sea mejor para la persona. También expresa que la motivación esencial detrás de la interpretación de los tratados de derechos humanos ha sido dar una respuesta efectiva a las necesidades e imperativos de la protección internacional de las personas. Y que, en razón de tal procedimiento, las cortes internacionales han construido “jurisprudencia convergente con la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y las implicaciones y consecuencias que resultan de los mismos”.

El juez afirma que la interpretación de los tratados se ve considerablemente “enriquecida” por la utilización de la metodología seguida por las cortes internacionales de supervisión de los tratados de derechos humanos, ya que ésta se ajusta a las especificidades de este tipo de tratado. Indica, además, que la Corte IDH y el TEDH vienen creando una jurisprudencia convergente con relación a las reservas de los tratados, con la finalidad de preservar los mecanismos de protección de la persona establecida en ellos. Así, entiende que, cuando se juzgan los casos, los jueces de la Corte IDH y del TEDH están atentos al contenido no sólo de sus respectivas convenciones, sino también al de otros tratados de derechos humanos, así como a las leyes internas del Estado acusado en cada caso, para que sea aplicada la ley más favorable a la persona. La Corte decidió por la condena del Estado.

b. Opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hasta enero de 2013, la Corte IDH había emitido 21 opiniones consultivas, en seis de las cuales se hace referencia al principio de la primacía de la norma más favorable a la persona.

En la opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985³⁴, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, aunque no hay un debate profundo acerca del principio *pro homine* es posible notar que la interpretación de la Corte IDH se hizo en el sentido de garantizar la primacía de la norma más favorable a la persona, porque entendió que la ley impedía el acceso de determinadas personas a los medios de comunicación, limitando su expresión y la transmisión de informaciones, es decir, hubo una interpretación sobre el alcance mayor o menor, conforme al artículo 29 de la CADH.

Además, en esta opinión consultiva se cuestionó si alguna ley interna estaba en conformidad con la Convención; específicamente, se estaba de acuerdo con el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, según el artículo 29 de la Convención. Sólo esto puede ser considerado un avance, sobre todo al imaginar cómo serían las cosas si todos los Estados hiciesen lo mismo.

34 Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.

c. Sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el CEDH, el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona está en el artículo 53, Título III, que trata de la salvaguarda de los derechos humanos reconocidos por otra vía:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

Igual que en “inciso b” del artículo 29 de la CADH, el artículo 53 explica que no es posible interpretar cualquier disposición de este Convenio como medio para limitar derechos y libertades que son reconocidos por normativa interna del Estado parte, o en otra convención de la cual este Estado sea parte.

El principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, presente en el artículo 53 del CEDH, puede ser analizado de dos modos. Por una parte, la posibilidad del derecho de la Unión Europea para ofrecer, a partir de otras fuentes, una protección de los derechos fundamentales superior a la protección ofrecida por el mismo CEDH. Por otra parte, la posibilidad de los derechos internos de los Estados parte o de los instrumentos internacionales en vigor para ellos de ofrecer una protección superior al CEDH³⁵.

35 De Schutter, Olivier (coord.). *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio de 2006, pág. 409.

Igual que otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el CEDH acepta que una parte contratante puede ofrecer una protección de los derechos fundamentales más extensa que aquella exigida por el mismo Convenio. En él se establece un “mínimo” a respetar, no pretende imponer un nivel uniforme de protección; su artículo 53 lo confirma.

El artículo 53 del Convenio podría ser interpretado de manera equivocada si se considera la cuestión de su alcance en situaciones en que el Derecho Interno de los Estados parte – incluso las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en que uno o más Estados son parte –, proporciona a la persona una protección más favorable que la garantizada por el CEDH. Algunos autores entienden que en la cláusula del “nivel de protección” del artículo 53 del CEDH existe el riesgo de que un desafío a la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados parte esté incluido en los instrumentos que, en razón de este artículo, la Convención puede infringir³⁶.

De todas las sentencias emitidas desde el 1 de enero de 1999, solo diecisiete hacen mención del principio *pro homine* que se incluye en el artículo 53 del CEDH³⁷. En una de las sentencias en que el principio es mencionado, el caso *Viorel Badea vs. Moldavia*³⁸, la parte reclamó que hubo violación del artículo 53 del CEDH, pero no dice en qué momento hubo tal violación, así que el TEDH no pudo entrar a comprobar dicho alegato y, por lo tanto, no hubo debate sobre el contenido en términos de este artículo. Analizando todas las sentencias en que se hace mención

36 *Ibidem*, pág. 411.

37 Sólo para comprender la dimensión de la cantidad de sentencias emitidas por este Tribunal, el mes de diciembre de 2012, fueron emitidas 122.

38 TEDH, *Case Viorel Badea v. Moldova*, Third Section, Decision 17 January 2012, Application No. 29749/07.

al principio *pro homine*, seleccionamos aquellas en que hay una mayor discusión acerca del principio, tal como hicimos en el caso de la Corte IDH. Esto porque, en las otras sentencias, sólo se citó del principio, sin que se diera una discusión profunda sobre su contenido.

En el caso Marcel Leempoel & S.A. Editions Cine Revue vs. Bélgica³⁹, las víctimas hicieron la solicitud de que fuera aplicado el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, que, en este caso, debía ser la ley belga. Aunque el TEDH entendió que no tenía necesidad de analizar el caso teniendo en cuenta el principio *pro homine*, decidió hacer el análisis con relación a la ley belga, o sea, de la norma que las víctimas indicaron sería la más favorable para ellos.

Debido al exiguo número de sentencias emitidas por el “nuevo” TEDH en que existe un debate acerca del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, nos preguntamos por qué razón no se daba una discusión profunda sobre este principio en las sentencias. Podía ser que no hubiera debate porque el principio había sido objeto de amplia discusión por parte de la antigua Corte Europea de Derechos Humanos. Así, buscamos los casos anteriores a la creación del “nuevo” tribunal, y seleccionamos uno en que se da un debate sobre este principio, sólo como un ejemplo. Cabe señalar que, en la antigua Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona constaba en el artículo 60.

39 TEDH, *Affaire Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue c. Belgique*, Première Section, Définitif 09 février 2007, Requête No. 64772/01.

El caso seleccionado fue Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda⁴⁰. Las partes son dos asociaciones sin fines de lucro que proporcionaban a las mujeres embarazadas información acerca de sus posibilidades para hacerse un aborto fuera del territorio de Irlanda, porque la constitución irlandesa no permitía el aborto. Las asociaciones alegaron que hubo violación del artículo 10 de la antigua Convención Europea de Derechos Humanos– también artículo 10 de la CEDH –, que determinaba que

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

La antigua Corte decidió que hubo violación del artículo 10. Entretanto, en su voto separado, el juez Blayney afirmó que no es posible aceptar que hubo violación del artículo 10, justamente en razón del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona –artículo 60 de la antigua Convención Europea de Derechos Humanos. El juez consideró que la orden de la Suprema Corte de Irlanda no fue desproporcionada a la luz de los objetivos, porque entendió que la sentencia emitida por el Supremo Tribunal irlandés tenía sus raíces en la propia Constitución, y éste no sólo cumplió la obligación de garantizar el respeto por la Constitución sino de defender los derechos del feto, garantizado por la misma.

Aún más, el juez Blayney entendió que el artículo 60 de la Convención impedía al a Corte Europea de Derechos Humanos encontrar una violación al artículo 10, porque el derecho del feto a nacer es claramente un derecho humano, garantizado por el

40 TEDH, *Affaire Open Door y Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, Requête No.14234/88; 14235/88.

artículo 40 de la Constitución irlandesa, y ninguna disposición debe ser interpretada como limitación o restricción del derecho en cuestión. Así, si se entiende que el artículo 10 autoriza a las partes para brindar información a las mujeres embarazadas sobre las posibilidades de hacerse un aborto en Inglaterra, se interpreta que se están violando los derechos del feto.

Aunque las dos asociaciones hayan afirmado que las mujeres embarazadas podían obtenerla misma información en otra parte y que la sentencia desfavorable no impediría que las irlandesas continuasen la práctica de realizarse abortos en el extranjero, este juez argumentó que ninguno de estos elementos sirve para determinar si el artículo 60 debe o no ser aplicado. El juez entiende que se debe tener en consideración que la Corte no puede decidir por la violación del artículo 10 de la Convención, pues lo haría en perjuicio de los derechos del feto, garantizado por la Constitución de Irlanda. Concluye, pues, que no hubo violación al artículo 10.

d. Opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con relación a la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona en las opiniones consultivas emitidas por el TEDH, desde la entrada en vigor del Protocolo Adicional No. 11 del CEDH no ha habido ninguna solicitud de opinión consultiva que haga referencia al artículo 53, o sea, al principio *pro homine*. Es más, no existe opinión consultiva alguna emitida por el TEDH en que se haga mención a tal principio.

Conclusión

Cuando empezamos una investigación pensamos que vamos a encontrar los resultados que buscamos, pero, en el proceso de realización de un trabajo científico, vemos que eso no es siempre posible. No se puede negar alguna frustración por no encontrar, en la inmensa jurisprudencia del TEDH, opiniones consultivas donde exista una discusión acerca del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, e, igualmente, por haber encontrado pocas sentencias donde se dé dicha discusión. Sin embargo, esto puede considerarse un aspecto positivo sobre el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, que puede significar que la discusión no es necesaria porque esta sociedad acepta el principio y lo aplica oportunamente.

El principio de la primacía de la norma más favorable a la persona (*pro homine*) fue desarrollado en el marco del DIDH como una manera de solucionar eventuales conflictos con relación al cumplimiento de sentencias internacionales emitidas por cortes de protección de los derechos humanos. Este principio declara que, en caso de existir conflicto entre las leyes interna e internacional, debe ser aplicada la ley que sea más favorable a la persona. Siendo la finalidad del sistema internacional la protección de los derechos humanos, parece coherente que, por encima del Derecho Interno y del Derecho Internacional, prevalezcan los derechos de la persona.

Cuando elaboraron sus convenciones para la protección de los derechos humanos, el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano tuvieron el cuidado de incluir el principio de la norma más favorable a la persona para proteger sus derechos y libertades, a modo de garantizar que estos principios sean aplicados de la mejor forma posible.

Analizando la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona en sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, se nota que el principio genera discusiones. La Corte IDH atiende a la interpretación evolutiva de los derechos humanos y aplica este principio. En el análisis de la aplicabilidad de este principio en las sentencias y opiniones consultivas emitidas por el TEDH es posible comprobar que no existe una discusión profunda acerca del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona, quizá porque los europeos no tienen dudas en cuanto a la aplicación del principio. Por ser este Tribunal más antiguo que la Corte IDH, y por la aceptación general del principio, es posible que no exista la necesidad de generar profundos debates sobre la materia. Pero también es posible que este principio no sea tan aplicado como lo es en el Sistema Interamericano.

En ese sentido, el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos no estaría más atrasado que el Sistema Europeo en materia del abordaje del principio *pro homine*. Naturalmente, por estar inspirado en el Sistema Europeo, estamos en una fase de debate de este principio, lo que se puede observar en los tiempos de la antigua Corte Europea de Derechos Humanos.

La edad mínima de la responsabilidad penal. Análisis de la legislación y jurisprudencia de Costa Rica a partir del *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos de la niñez

*Frank Harbottle Quirós**

La edad mínima de adquisición de la responsabilidad penal de una persona menor varía entre los Estados. Esta circunstancia lleva a que este tema necesariamente deba abordarse partiendo del marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las y los menores, es decir, el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos de la niñez, siendo relevante para el caso costarricense, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención o CADH) y la jurisprudencia y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y otros instrumentos internacionales, entre ellos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Sistema Universal).

La legislación de Costa Rica es acorde con estándares internacionales en cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal, al haber sido fijada por la Ley de Justicia Penal Juvenil

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia. Se ha desempeñado como Defensor Público del Poder Judicial de Costa Rica. Actualmente labora como Letrado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de este mismo país.

en doce años; sin embargo, queda para la reflexión si ésta debe elevarse. Dentro de la praxis judicial se presenta un caso *sui generis*, ocurrido recientemente, en el que un menor fue condenado penalmente por un Juzgado Penal Juvenil sin haber cumplido los doce años de edad al momento de los hechos delictivos. Esta situación, que fue conocida por la Sala de Casación Penal costarricense, la cual, luego de un procedimiento de revisión, señaló que la sentencia condenatoria dictada por dicho órgano jurisdiccional era ilegítima, al haber castigado a un sujeto inimputable, en completa y flagrante violación de los derechos y garantías procesales vigentes en el ordenamiento jurídico; en su lugar dispuso la absolutoria, así como el cese inmediato de las sanciones que le habían impuesto, con fundamento en la normativa nacional e internacional vigente en materia de derechos humanos de la niñez.

Introducción

En no pocas ocasiones, los derechos humanos se conceptualizan de forma errada, como algo meramente abstracto y teórico. Pero no basta con que se encuentren plasmados en cuerpos normativos: su esencia radica en que sean respetados y, de no ser así, en que existan los mecanismos para que su protección sea una realidad. Según la legislación internacional, los Estados deben fijar límites con relación a las edades y la capacidad de responsabilidad penal (imputabilidad) de las personas, existiendo un dilema en cuanto hasta qué edad mínima se debe responder penalmente por los hechos delictivos en que incurra un sujeto. Esta temática será analizada en este artículo en tres apartados. En la primera sección, se estudiará el denominado “*corpus iuris* internacional de los derechos humanos de la niñez”, que resulta vinculante u obliga a Costa Rica, no

sólo a nivel del Sistema Interamericano, sino también en lo que respecta al Universal. En el segundo apartado se hará referencia a la edad mínima de la responsabilidad penal del menor en el contexto internacional. Posteriormente, se expondrá sobre este mismo tópico concretamente en la legislación costarricense, finalizando, con la exposición de un caso en el que la Sala de Casación de Costa Rica anuló una sentencia dictada por un Juzgado Penal Juvenil que había condenado a una persona pese a que al momento de los hechos delictivos tenía una edad inferior al mínimo contemplado por la Ley de Justicia Penal Juvenil, disponiéndose, en su lugar, una sentencia absolutoria.

1. El *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos de la niñez

Se afirma que el derecho de menores tiene aproximadamente cien años de existencia. En el siglo XIX no existía un derecho penal especial para los niños, niñas y adolescentes, sino que estaban vigentes algunas normas especiales dentro de la codificación penal de adultos, que reducían la pena cuando el autor del hecho era un menor de edad. Por eso fue necesario descubrir a la infancia como categoría, como estadio del desarrollo de todo ser humano, como etapa diferenciada con características particulares, al igual que la adolescencia, para empezar a hablar de la necesidad de un “derecho” especial para estas personas¹.

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Liga de Naciones en 1924,

1 González del Solar, José, *Delincuencia y derecho de menores*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 29.

fue la primera que consagró los derechos de las y los niños y adolescentes². Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que implícitamente se contemplan los derechos de esta población³. Más adelante, en 1959, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración de los Derechos del Niño⁴. Diez años después se redactó la CADH, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978⁵. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de la ONU, en su resolución 40/33, adoptó las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”).

Ante la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados parte y ya no tan sólo con una Declaración, nació la CDN, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por Costa Rica por la Ley No. 7184, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 149, del 9 de agosto de 1990).

2 Ver la información en el sitio web <<http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf>>, disponible al 27 de setiembre de 2013.

3 Ver la información en el sitio web <<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>>, disponible al 27 de setiembre de 2013.

4 Ver la información en el sitio web <<http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf>>, disponible al 27 de setiembre de 2013.

5 Ver la información en el sitio web <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicaspecializado/sistema%20idh.htm>, disponible al 27 de setiembre de 2013.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. En esa misma fecha la Asamblea General también adoptó las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en su resolución 45/113⁶, y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), en su resolución 45/110⁷.

En la actualidad, podemos hablar de un *corpus juris* internacional en materia de niñez, entendido como el reconocimiento de un conjunto de normas que garantizan el pleno goce de los derechos humanos de las y los niños y adolescentes. Lo anterior es el resultado de la evolución del DIDH, cuyo eje es el reconocimiento de esta población como sujeta de derecho.

En este estudio se analiza el *corpus juris* internacional en materia de niñez aplicable en Costa Rica, a partir de instrumentos internacionales citados, debido a que su amplitud varía de un Estado a otro.

Este concepto es relevante en el tanto permite fijar el contenido y alcances del artículo 19 de la CADH, en el cual se establece que los Estados tienen el deber de garantizar que se respeten los derechos humanos de las y los menores, incluyendo para efectos interpretativos, aparte de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general en materia de menores, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del

6 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. Instrumentos Internacionales*. Editorial Juritexto, San José, 2004, págs. 305-404.

7 Ver la información en el sitio web http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm, disponible al 27 de setiembre de 2013.

Niño de las Naciones Unidas, cobrando especial relevancia la Observación General No. 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores.

La CADH o Pacto de San José de Costa Rica, instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH se creó en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Sin embargo, la Corte IDH no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. La primera reunión de la Corte IDH se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C. El 1 de julio de 1978 la Asamblea General de la OEA recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte IDH se estableciera en ese país, decisión que fue ratificada después por los Estados parte en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978; la ceremonia de instalación se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979⁸.

La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones (opiniones consultivas y jurisprudencia al resolver casos contenciosos) sobre los derechos humanos de las y los niños y adolescentes y, particularmente, sobre el principio del interés superior del niño, aplicando lo dispuesto por la CADH. Además, ha recurrido, en un enfoque integrador y sistemático, a otros instrumentos internacionales vinculados con sus derechos, especialmente, la CDN.

8 Ver la información en el sitio web <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>, disponible al 27 de setiembre de 2013.

En la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños” – sobre la que se detallará más adelante –, la Corte IDH señaló

Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre “la interpretación no sólo de la Convención, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el numeral 19 de la CADH debe entenderse como un derecho adicional y complementario, que el tratado establece para quienes, por su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial, por cuanto las y los niños son titulares tanto de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, como de aquellos derechos especiales derivados de su condición, es decir, deben ser titulares de medidas especiales de protección¹⁰.

Tomando en cuenta que la CADH no define el término “niño”, debe partirse del concepto establecido en el artículo 1 de la CDN, la cual, si bien es un instrumento promulgado por

9 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 30.

10 Corte IDH., *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 152; y especialmente: *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, párr. 147 y *Caso Servellón García y otros, vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 113.

la ONU, ha sido considerada por la Corte IDH como fuente de derecho para sus decisiones. Al respecto, en el caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) expresó que

El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Sin embargo, el Tribunal se remitió al Sistema Universal indicando que “la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹¹.

Posteriormente, agregó que

[...] tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹².

En el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, la Corte IDH, tomando como cita los párrafos 95 y 98 de la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños” dijo

Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en

11 Corte IDH., *Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr.188.

12 *Ibidem*, párr. 194.

los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías¹³.

Recientemente, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, la Corte IDH, basándose en el párrafo 116 de la opinión consultiva recién citada, afirmó

Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, en primer lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ya ha sostenido anteriormente esta Corte, otros instrumentos internacionales son relevantes al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)¹⁴.

La CDN es el instrumento del DIDH de mayor relevancia dentro del marco de la protección internacional de los derechos humanos la niñez mundial. Su aprobación originó una nueva doctrina de la infancia, que trajo como consecuencia que a nivel interno, cada Estado iniciara un proceso de adecuación de

13 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 147.

14 Corte IDH., *Caso Mendoza y otros vs. Argentina.*, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 149.

su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, reconociendo a las y los niños y adolescentes como sujetos de derecho, a diferencia de la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia.

Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la CDN, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos mencionados líneas atrás. Se dice que actualmente se denomina con el término Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia

[...] al nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil compuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, admitiendo además como antecedente la declaración universal de derechos del niño¹⁵.

Hasta aquí queda claro el panorama en cuanto a la existencia de un *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos de las y los niños y adolescentes, que puede variar de un Estado a otro, siendo que, en el caso de Costa Rica, está conformado por una importante cantidad de instrumentos internacionales. De seguido se dará a conocer, concretamente, lo referente a la edad mínima de responsabilidad penal del menor en el ámbito internacional.

15 García Méndez, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*. Edino, Guayaquil, 1994, págs. 89-90.

2. La edad mínima de la responsabilidad penal del menor en el contexto internacional

En la actualidad, existe un criterio que se podría considerar universalmente aceptado respecto de la mayoría de edad, recogido en el artículo 1 la CDN, de acuerdo con el cual se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Sin embargo, en el ámbito jurídico internacional no existe uniformidad jurídica para establecer cuál debe ser la edad mínima de la responsabilidad penal de las personas menores de edad, al tratarse de una cuestión de política criminal de cada Estado¹⁶.

En el artículo 40.3.a) de la CDN se menciona que los Estados parte deben tomar todas las medidas apropiadas para

El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

En este mismo sentido, la Regla No. 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores recomienda que

[...] su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

En la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño” se establece

16 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pág. 49.

La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.

106. Las Reglas de Beijing en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño.

107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a) que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal¹⁷.

Debido a que no existe una norma con carácter obligatorio en el ámbito internacional, los países tienen la opción de poner un límite que responda a sus necesidades y a su seguridad. De esta manera, cada sociedad pondrá la norma mínima que considere conveniente para ese espacio y ese tiempo. Es así como algunos países del mundo han variado de una manera impresionante la edad mínima de responsabilidad penal. De forma general, se puede decir que en Europa Central la adquisición de esta responsabilidad ha sido de catorce años de edad (Alemania, Austria, Francia, Italia), aunque otros muestran una mayoría

17 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17, párrs. 105-107.

penal relativamente precoz, por ejemplo, Suiza a los siete años de edad, Inglaterra a los diez años de edad; sin embargo, en Suiza sólo autorizan las sanciones de privación de libertad más avanzadas a partir de los quince años. En América Latina la tendencia es la adquisición de la responsabilidad penal a partir de los doce años de edad. Algunos países mantienen otras edades, como Nicaragua, en trece años de edad, mientras que Panamá la redujo de catorce a doce años, México la aumentó a doce años y Chile la fijó en catorce desde la aprobación de la Ley de Responsabilidad del Menor promulgada en el 2005¹⁸.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CDNUN) en su Observación General No. 7, párrafo 36 i), al referirse a la conducta conflictiva e infracción de la ley, destacó

En ningún caso los niños pequeños (definidos como los niños menores de 8 años de edad; véase el párrafo 4) serán incluidos en definiciones jurídicas de la edad mínima de responsabilidad penal. Los niños pequeños con mala conducta o que violan la ley necesitan ayuda y comprensión benévolas, para que aumenten su capacidad de control personal, su empatía social y capacidad de resolución de conflictos. Los Estados Partes deberán garantizar que se ofrece a los padres/cuidadores apoyo y formación adecuados para cumplir con sus responsabilidades (art. 18) y que los niños pequeños tienen acceso a una educación y atención de calidad en la primera infancia, y (si procede) a orientación/terapias especializadas¹⁹.

18 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil...* pág. 49.

19 ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, párr. 36 i).

Si bien la CDN no indica cuál debe ser la edad mínima de responsabilidad penal aceptable, el CDNUN en su Observación No. 10 apuntó

Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 ó 16 años. En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieran una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurren en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la madurez requerida a ese respecto. La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. El sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias. Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal²⁰.

Al comentar el párrafo 3 del artículo 40 de la CDN, el cual no menciona una edad mínima concreta, se dijo

20 ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, 15 de enero al 2 de febrero de 2007, párr. 30.

El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente:

- Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.

- Los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 infra), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general²¹.

De igual forma, al interpretarse la regla 4 de las Reglas de Beijing se anotó

De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable.

21 *Ibidem*, párr. 31.

Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que **el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola**²² (la negrita no es del original).

El comité subraya la importancia de que, en la medida de lo posible, cuando los niños tengan conflictos con la justicia no se recurra a procedimientos judiciales. Al respecto señala

Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal.

34. El Comité desea expresar su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite

22 ONU, *Comité de los Derechos del Niño*, Observación General No. 10, párr. 32.

la aplicación de una edad mínima menor a efectos de responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor.

35. Si no se dispone de prueba de la edad y no puede establecerse que el niño tiene una edad igual o superior a la EMRP, no se considerará al niño responsable penalmente²³.

Resulta lógico que si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece una edad mínima, el concepto de responsabilidad pierda todo sentido.

Según se ha adelantado, en términos generales se puede decir que, en lo que respecta a las y los niños y adolescentes, hay dos edades de interés para efectos de responsabilidad penal. Por un lado, una por debajo de la cual no pueden ser procesados penalmente por haber infringido las normas penales. En segundo lugar, una dentro de la cual la persona es penalmente responsable, sólo que se le juzga y se le trata conforme a las normas del sistema de responsabilidad penal juvenil.

En este artículo se sostiene la tesis de que con anterioridad a los doce años de edad no tiene mayor sentido vincular a un proceso penal a una persona, siendo que, por el contrario, puede tener una incidencia muy negativa. El excluir a los menores de doce años del juzgamiento penal, implica, en cierta forma, reconocer

23 *Ibidem*, párrs. 33-35.

que antes de esa edad la mayor cuota de responsabilidad por sus actos recae en la familia, la sociedad y el Estado, lo cual es uno de los principios fundamentales de la doctrina de la protección integral, sin que sea un obstáculo para que las víctimas de los actos ocasionados por este segmento de la población puedan solicitar las indemnizaciones respectivas conforme a las leyes civiles. La persona no es destinataria de la ley penal y, en consecuencia, sus conductas no se hacen acreedoras de ningún tipo de sanción penal (ni pena ni medida de seguridad). La única actuación que le es viable realizar el Estado es la intervención administrativa con el fin de brindarles “protección”.

No existe unanimidad sobre el criterio a seguir para determinar el límite de edad de las y los menores a efectos de la responsabilidad penal. La doctrina discute en cuanto a si se debe tener en cuenta la edad biológica o la edad psicológica, puesto que la primera no implica sistemáticamente el mismo grado de madurez psicológica en todas las personas. Las legislaciones han optado por un criterio biológico, puramente cronológico, que ni siquiera es el mismo en todos los países. El criterio biológico facilita el automatismo en la aplicación de la ley penal del menor pues únicamente hay que controlar la fecha y hora de nacimiento del infractor, según tramos de edad, al margen de que se compruebe la inimputabilidad de determinados menores o no²⁴.

La fórmula psicológica pura, que seguramente sería más justa a la hora de determinar el grado de culpabilidad del menor, requiere de procesos más complicados que la mera determinación de la edad biológica. Entraña un estudio individualizado de las capacidades intelectual, volitiva y de juicio moral del hecho,

24 Rodríguez Núñez, Alicia, *Fundamentos de Investigación Criminal. Delincuencia Juvenil*. Reprografía Doppel, Madrid, 2008, págs. 215-216.

esto es, la comprobación de si el menor sabía y comprendía lo que hacía y era dueño de su voluntad al actuar²⁵.

Los límites de edad utilizados para distinguir entre diferentes formas de responsabilidad penal han variado a través de la historia y varían, en la actualidad, de una legislación a otra. La respuesta más común para el foro de los juristas es que

[...] la elección de una u otra edad límite tiene una justificación exclusivamente legal: “Eso es así, porque la Ley así lo indica”. (**A cada quien según lo que la ley atribuye**). Nunca o casi nunca se ofrece otra justificación ulterior. Pero, si se procede de este modo, ¿cuál argumento podría oponerse, por ejemplo, a las intenciones de un legislador que pretenda rebajar el límite de la responsabilidad penal de adultos a los 10 años de edad? (la negrita es del original)²⁶.

Independientemente de que sea la mejor solución o no²⁷, lo cierto es que las legislaciones de los países han optado por un criterio puramente cronológico, objetivo, convencional, para brindar una mayor seguridad jurídica.

La instauración del límite inferior por debajo del cual queda excluida toda responsabilidad penal, obedece a valoraciones de política criminal. Esta decisión de situar el límite en una determinada edad en la que el menor no responde penalmente no obedece tanto al hecho de considerar completamente

25 Ibidem, pág. 216.

26 Chan Mora, Gustavo, “Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil”, en: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012, pág. 511.

27 Este tema no será abordado en este estudio.

irrelevantes las conductas delictivas cometidas por los menores de una determinada edad, ni tampoco la constatación de que por debajo de ésta no concurre en ningún caso capacidad de culpabilidad, sino más bien por entender que no es conveniente que los menores de dicha edad entren en contacto con las instancias de control judicial y sufran las incidencias de un proceso, estimando que las instancias familiares y de protección pueden responder de forma más adecuada en estos casos²⁸.

Si bien es cierto que el criterio cronológico implica un alto grado de convencionalismo y artificialidad, ya que el desarrollo humano no se produce por etapas sino que se trata de un proceso de evolución continuo, resulta conveniente, en atención al principio de legalidad y del mantenimiento de la seguridad jurídica, fijar una edad por debajo de la cual no se responde penalmente. Aunque establecer límites cronológicos excluye *iuris et de iure* la responsabilidad penal de todo el que se encuentre fuera de dichos límites, ello no significa que se afirme la imputabilidad *iuris et de iure* de los casos comprendidos en la franja cronológica prevista legalmente, sino que también en el ámbito del sistema penal juvenil resulta ineludible comprobar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad²⁹.

Se dice que se está ante un criterio objetivo, debido a que se excluyen otros que tradicionalmente se han utilizado o se utilizan pero que pueden ser inciertos, peligrosos, e incluso arbitrarios (discernimiento, libre albedrío, madurez suficiente). Tradicionalmente, los límites de la responsabilidad frente a las leyes penales de las y los niños y adolescentes se han establecido a partir del criterio del discernimiento. Se han utilizado, y se utilizan actualmente, por ejemplo, en Alemania, el grado de

28 Cruz Márquez, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 75-76.

29 *Ibidem*, págs. 83-84.

madurez suficiente, que se refiere a un concepto más preciso sobre el desarrollo físico y emocional del individuo, más acorde con el concepto de la psicología evolutiva. Sin embargo, ambos criterios resultan cuestionables, por lo que es conveniente la fijación de la responsabilidad penal mediante un criterio objetivo, como la edad cronológica, aunque este criterio sea convencional³⁰.

La decisión de fijar a ciertas edades específicas los límites entre diferentes formas de responsabilidad penal, debería fundamentarse mediante algún criterio ulterior menos arbitrario que lo meramente legalista. Al tomar decisiones sobre este tema particular, el legislador también debería considerar los datos ofrecidos por numerosas teorías científicas de base empírica³¹.

Vemos entonces, que la tesis que predomina en la definición de las edades de imputabilidad penal es una expresión de la política criminal que el Estado desarrolla para hacer frente a la criminalidad. Sin embargo, ésta no puede ser contraria a instrumentos internacionales que mantengan vigencia dentro del ordenamiento jurídico, verbigracia, la CDN o la interpretación

30 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada...* pág. 62.

31 Chan Mora, Gustavo, "Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil", en: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012, págs. 491-527. Se recomienda consultar Chan Mora, Gustavo, "Fundamentos psicológico evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad penal de los jóvenes", en: *Revista digital maestría de ciencias penales No. 3*, Universidad de Costa Rica, San José, 2011, págs. 351-391, quien considera que al tomar este tipo de decisiones se debe partir, entre otras fuentes, de los resultados obtenidos en las investigaciones de la psicología evolutiva y de la neurociencia.

que ha hecho la Corte IDH sobre esta normativa, siendo relevante también lo dispuesto por organismos como el CDNUN.

Cabe recordar aquí la se idea de “control de convencionalidad”, que ha sido expresada por la Corte IDH en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligadas 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, 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 Americana³².

Los Estados deben aplicar tanto la normativa nacional como internacional vigente dentro de su ordenamiento jurídico. En el caso costarricense, los instrumentos de derechos humanos pueden llegar a estar por encima de la Constitución Política³³.

32 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

33 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en la

Conforme se ha anotado, ningún instrumento internacional – incluso ni la misma CDN – menciona una edad mínima concreta de responsabilidad penal, debiendo concluirse, a partir de lo afirmado por el CDNUN en la Observación General No. 10, que se entiende como internacionalmente aceptable la edad de doce años; no obstante, se alienta a los Estados a elevarla.

Según se ha podido apreciar, en términos generales los márgenes de edad definidos en una importante cantidad de legislaciones de América Latina coinciden y definen un sistema especial de responsabilidad penal para adolescentes entre los doce y dieciocho años de edad, considerándose inimputable a la persona menor de doce años.

Autores como Zaffaroni, han sostenido que la manifestación legislativa más importante en la región a partir de la vigencia de instrumentos internacionales básicos en materia de menores que cambiaron de paradigma son el *Estatuto da criança e do adolescente del Brasil* (1990) y la ley de justicia penal juvenil de Costa Rica (1996) ³⁴.

A continuación se procederá a examinar la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) costarricense, en concreto, su regulación en lo que respecta a la edad mínima de la responsabilidad penal, para posteriormente analizar la sentencia 2013-00589, dictada por la Sala de Casación Penal de este país, la cual, a través de un procedimiento de revisión, anuló la condena penal dispuesta ilegítimamente por un Juzgado Penal Juvenil a una persona

sentencia 2313-95, de las dieciséis horas con dieciocho minutos, del 9 de mayo de 1995 indicó: “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

34 Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 187-188.

menor a pesar de que tenía una edad inferior a la establecida de manera legal para responder penalmente, disponiendo, en su lugar, una absolutoria.

3. La edad mínima de la responsabilidad penal del menor en Costa Rica

a. Legislación

El Código General de Carrillo de 1841 siguió el modelo del Código Penal francés de 1808, dado que, sin hacer referencia a una edad en la que la persona menor de edad está exenta de responsabilidad, establece una circunstancia atenuante para los delitos cometidos por ella. Por su parte, el Código Penal de 1880 declaraba en artículo 10, inciso 2, al menor de diez años exento totalmente de responsabilidad penal. El Código de 1924 (art. 19 inc.1) establecía la circunstancia atenuante de ser el delincuente menor de veintiún años y no establecía una edad dentro de la cual los sujetos estuvieran totalmente exentos de responsabilidad penal. El Código Penal de 1941 originalmente establecía en el artículo 25, un sistema similar al del artículo 19 inciso 1 del Código Penal de 1924; sin embargo, este artículo fue reformado por la Ley No. 3269 de 21 de diciembre de 1963, denominada “Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores”, cuyo ámbito de aplicación eran los menores cuya edad no excediera de diecisiete años y que se encontraran en peligro social, debiendo entenderse que se encontraba en esta situación todo menor a quien se le atribuyere” una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta” (art. 2, LOJTM). Esta Ley organizaba para los menores un

sistema represivo-correctivo dirigido a conseguir su reeducación o enmienda³⁵.

La Ley Tutelar de Menores fue la primera normativa que reguló de forma especial a esta población, con disposiciones principalmente en el ámbito penal, fundamentando su aplicación en niños y jóvenes que se encontraran en situaciones de peligro social, sin establecer una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares.

Sin embargo, mediante Ley No. 7383, del 8 de marzo de 1994, se reformó la LOJTM vigente desde 1963, observándose, en esta reforma, una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. En esta, a diferencia de otras técnicas legislativas, se regulan exclusivamente los casos en los cuales se atribuye a las y los menores entre los doce y los dieciocho la comisión de un delito o una contravención, dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, Familia, entre otros, fijando la edad de doce años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal y estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles ninguna infracción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil³⁶.

La Ley Tutelar de Menores concibió un proceso penal donde en vez de favorecer al adolescente, lo ponía en una condición totalmente desfavorable con relación a los adultos. Se diseñó un pseudo-proceso, en el cual se conculcaban sus derechos y garantías procesales de intervención y de recursos y se limitaba

35 Castillo González, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pág. 480.

36 Tiffer Sotomayor, Carlos, “Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina”, en: *Revista de Ciencias Penales No. 10*, volumen 7, San José, 1995, pág. 37.

su personalidad, al carecer en forma absoluta del derecho de petición y de ser tomada en cuenta su opinión. Era un objeto sin participación alguna. Ello llevó a replantear el tema a nivel nacional, por lo que en mayo de 1996 se abandona la doctrina de la situación irregular y se pasa a la doctrina de la protección integral del menor con la entrada en vigencia de la LJPJ³⁷.

Este cambio de modelo lo explica de forma clara el destacado jurista Dr. Javier Llobet, quien anota

Quando hablamos de la presente Justicia Penal Juvenil debemos hablar de la situación que se da con lo que nosotros llamamos “el cambio de paradigma”, la adopción de lo que se ha llamado aquí en Latinoamérica la doctrina de la protección integral a través de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y los diversos instrumentos que la complementan y en el caso de Costa Rica con la Ley de la Justicia Penal Juvenil de 1996 y la Ley de Ejecución Penal Juvenil del año 2005 y por supuesto del Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998. Este cambio de paradigma tiene como característica principal el que se llegará a reconocer a los menores de edad los derechos que de acuerdo con los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos se había reconocido a todos los seres humanos en la Justicia Penal pero se les había desconocido a los menores de edad³⁸.

37 Burgos Mata, Álvaro, “Los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica”, en: *Revista Iustitia No. 238-239*, San José, 2006, pág. 18.

38 Llobet Rodríguez, Javier, “Diez Años de Justicia Penal Juvenil: Perspectiva hacia el futuro”, en: *125 Aniversario Colegio de Abogados de Costa Rica. Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional del Colegio de Abogados de Costa Rica*. San José, 2006, pág. 176.

La LJPJ se apoya en un nuevo modelo, diferente a la tradicional concepción tutelar, denominado **modelo de responsabilidad**, con el cual se atribuye a las y los jóvenes delincuentes una responsabilidad con relación a sus actos, pero, a la vez, les reconoce las garantías de juzgamiento de los adultos, así como otras consideradas especiales por su condición de menores de edad³⁹.

El Código Penal costarricense vigente (de 1970), distingue claramente entre el derecho penal de mayores y de menores. El artículo 17 de este cuerpo normativo dispone que dicho Código aplica a las personas de dieciocho años cumplidos. Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, del 6 de enero de 1998, indica en su artículo 2 que se consideran niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho.

La LJPJ en el artículo 6, fijó la responsabilidad penal en doce años. Se presume que las personas menores de esa edad no tienen capacidad de culpabilidad, sin embargo, los actos ilícitos que estos niños cometan sí producen efectos jurídicos en el ámbito civil, administrativo y de familia. El grupo etario destinatario de esta ley, según el ordinal 4, es el comprendido entre las personas mayores de doce años de edad y las personas menores de dieciocho años. No obstante, para reducir la intervención judicial, se separaron los grupos etarios de la siguiente manera: las personas mayores de doce y menores de quince años de edad, y las personas mayores de quince y menores de dieciocho años de edad. Esta división de los grupos etarios se justifica por la clara diferencia entre el desarrollo de un muchacho de doce o trece años de edad, y uno de dieciséis o diecisiete años. Además, esta

39 Tiffer Sotomayor, Carlos, "De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo: la nueva ley de justicia penal juvenil", en: *Revista de Ciencias Penales No. 13*, Volumen 9, San José, 1997, pág. 100.

diferenciación se apoya en que la intensidad de la intervención penal debe ser mínima para el grupo etario más joven y así no incidir negativamente en su proceso de desarrollo⁴⁰.

Con respecto a los grupos etarios, cabe hacer un paréntesis para hacer referencia al Proyecto de Ley que se tramitó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica bajo el expediente No. 17615, denominado “Reforma del Sistema Penal Costarricense para el Efectivo Cumplimiento de la Pena y el Fortalecimiento de otras figuras penales”, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 3 de agosto de 2010. Este texto proponía reformar el artículo 17 del Código Penal – que establece la aplicación de ese cuerpo legal a quien tenga 18 años cumplidos al momento de cometer el delito – con la intención de aplicar este cuerpo normativo a las personas mayores de 15 años, en contraposición con la CDN, buscando eliminar, por ende, uno de los dos grupos etarios contemplados en la LJPJ.

Sobre este Proyecto de Ley, Carlos Tiffer señaló que del mismo no se extrae ninguna justificación teórica para pretender esa modificación. A su vez, anotó que, contrario a lo pretendido por ese texto, la responsabilidad penal juvenil en algunos países se extiende hasta los 21 años para ciertos casos, como por ejemplo, en Alemania, Austria, Grecia, Italia, España, Holanda y Portugal. En su criterio, mejor haría el legislador en reforzar las estrategias de prevención del delito juvenil, especialmente en el ámbito socioeducativo, con programas culturales y deportivos⁴¹. Afortunadamente, en junio de 2011 esta propuesta de reforma legal fue retirada de la comisión de seguridad de la Asamblea Legislativa, pues de haberse convertido en Ley de

40 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada...* págs. 47-50.

41 La Nación, “La edad de la responsabilidad penal”, Costa Rica, 28 de octubre de 2010.

la República, probablemente el Estado costarricense en algún momento hubiese sido demandado por incumplir lo dispuesto por la CDN.

Con relación a los límites de la responsabilidad penal juvenil, Gustavo Chan ha afirmado que en la práctica usualmente se utilizan razones políticas, económicas, sociales, fundamentos exclusivamente dogmático-normativos, intuitivos o incluso ocurrencias sin fundamento alguno. En su criterio, así sucedió en el caso de Costa Rica, donde para la fijación de doce años de edad como límite mínimo de la responsabilidad penal juvenil no se utilizó ningún criterio científico y, al parecer, únicamente primó la ocurrencia de que a esa edad normalmente finaliza la educación primaria costarricense⁴².

El problema de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión – que no es otro que el de la determinación de los mecanismos de discernimiento y la averiguación del grado de madurez suficiente, necesarios para hacer un juicio de reproche –, no es un problema que sólo esté ligado a la edad, aunque las legislaciones sí lo hagan. Es un asunto mucho más profundo, que requiere el examen de la psique de las personas de manera individual. El hecho de que la LJPJ sólo tome en consideración, para fines de imposición de la pena, a las y los menores a partir de los doce años, no elimina el juicio de reproche a quienes no poseen esa edad, sino que lo desplaza, lo desjudicializa y lo envía a sede administrativa. De esta manera, el artículo 6 de la Ley propone que las personas menores de edad sí pueden cometer hechos delictuosos, sólo que la Ley no los hace su objeto⁴³.

42 Chan Mora, Gustavo, “Fundamentos psicológico evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad penal de los jóvenes... pág. 357.

43 Issa El Khoury, Henry, “De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y

De acuerdo con el Código Penal y la LJPJ (arts. 1 y 6), las y los menores de doce años carecen de toda responsabilidad por los hechos definidos en las leyes penales como delitos. Sin embargo, podrían responder civilmente por tales hechos. Estos menores que no han cumplido doce años son remitidos al Patronato Nacional de la Infancia (PANI) para que se les brinde la atención y el seguimiento necesarios. El legislador niega para ese grupo de menores la capacidad de culpabilidad. Pero desde el punto de vista procesal, la absoluta incapacidad de culpabilidad del menor de doce años es un impedimento procesal, de modo que, un proceso no debe abrirse y, si se abre, debe ser sobreseído tan pronto se compruebe que el autor es un menor de doce años. La LJPJ, al establecer que las personas menores de esa edad están fuera del derecho penal, establece una causa de inimputabilidad basada en ese criterio biológico. Así como no pueden dictarse respecto a ellos sanciones, tampoco pueden aplicarse medidas de seguridad curativas, dispuestas, en principio, para mayores⁴⁴. Se parte de una presunción que no admite prueba en contrario, de la falta de capacidad de culpabilidad de las y los menores de doce años⁴⁵.

De conformidad con el numeral 6 de la LJPJ

Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se

responsabilidad penal en Costa Rica”, en: *El Derecho Penal Sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense*. UNICEF, San José, 2000, pág. 188.

44 Castillo González, Francisco, *Derecho Penal Parte General...* págs. 480, 448 y 493.

45 Llobet Rodríguez, Javier, “De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. La sanción penal juvenil”, en: *El Derecho Penal Sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense*. UNICEF, San José, 2000, pág. 223.

ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios. Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará.

Según lo expone el destacado jurista José Manuel Arroyo, pese a que las y los menores de doce años de edad no están incluidos en la jurisdicción penal juvenil, respecto de ellos se hace una excepción cuando la administración a la que están encomendados, el PANI, toma medidas que implican la restricción de su libertad ambulatoria. En ese caso, la ley se encarga de obligar la consulta al juez de ejecución penal, quien debe autorizar y controlar la medida tomada⁴⁶.

Al comentar este mismo artículo, Issa El Khoury se refirió a la importancia de una mejor delimitación del contralor judicial, por cuanto la Ley contempla la consulta de la restricción de la libertad con el Juez de Ejecución Penal Juvenil, pero al ser esta materia tan delicada, resulta conveniente para los intereses de este grupo de menores, que el control de esas disposiciones administrativas sea una de las funciones fundamentales del Juez Penal Juvenil. Al señalar el artículo la posibilidad de restricción de la libertad ambulatoria por un órgano administrativo, tendría que entenderse: o que hay un juicio de reproche formulado por el órgano administrativo y controlado por el judicial, o que se está volviendo al estado de “peligro social” de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, que se creía superada.

46 Arroyo Gutiérrez, José Manuel, “De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica”, en: *Ejecución de las Sanciones en Justicia Penal Juvenil*. UNICEF, San José, 2000, pág. 463.

Cabe pensar que la finalidad del legislador fue no dejar en manos del funcionariado administrativo la imposición de una medida que, aunque técnicamente no se conoce con ese nombre, para los efectos prácticos es una verdadera sanción. Resulta así de fundamental importancia este artículo, que significa un contralor judicial a actuaciones administrativas que implican privación de libertad⁴⁷.

De acuerdo con Carlos Tiffer, el artículo 6 de la LJPJ establece que cuando una persona menor de doce años comete un delito o una contravención, queda excluida del sistema de justicia penal juvenil. Por ello, los juzgados penales juveniles tienen la obligación de declararse incompetentes ante este supuesto y deben referir el caso al PANI, órgano encargado y obligado a brindar la atención y el seguimiento necesarios. No es conveniente que las instituciones de asistencia social impongan medidas administrativas que restrinjan la libertad ambulatoria a la persona menor de doce años, así como tampoco que sea un juez de ejecución penal el que deba vigilar esta medida. Debería corresponder al funcionariado de los juzgados de la niñez o de familia pues, de lo contrario, se corre el riesgo de que estas medidas de protección se conviertan o se confundan con sanciones privativas de libertad. Debe entenderse que lo que procede son las medidas de protección que prevé el artículo 135 del Código de Niñez y Adolescencia (no restringen la libertad ambulatoria), porque de no ser así, la persona menor de doce años de edad, estaría en una posición menos beneficiosa que la que es mayor de esa edad⁴⁸.

De seguido se expone un interesante caso, en el que la Sala de

47 Issa El Khoury, Henry, "De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica..." pág. 189.

48 Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada...* págs. 64-65.

Casación Penal de Costa Rica anuló una sentencia condenatoria dictada por un Juzgado Penal Juvenil y dispuso absolver a la persona imputada, al constatar que dicho Juzgado incurrió en un error judicial al haber sancionado a un menor que, al momento de los hechos delictivos, tenía una edad inferior a la fijada como mínima para responder penalmente, estableciéndose que, para el momento de resolverse el procedimiento de revisión, el sentenciado llevaba cumpliendo injustamente sanciones punitivas por casi un año y medio, resultando improcedente someterlo a un procedimiento administrativo de contención ante el PANI.

b. Un caso *sui generis*. Sentencia afortunada de la Sala de Casación Penal

En Costa Rica, el 9 de diciembre de 2011 entró a regir la Ley No. 8837, Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, la cual originó que los antiguos Tribunales de Casación Penal (únicos que conocían los recursos de casación en materia penal juvenil) pasaran a ser Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados, encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículos 4, 6 y 8).

Ante esta reforma legal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) actualmente es el único órgano competente para conocer de los recursos de casación

(procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a todos los demás (artículos 5, 6 y 8).

En las líneas que siguen, se analiza un caso reciente que fue conocido por la Sala Tercera en virtud de un procedimiento de revisión que se interpuso a favor del imputado, el cual fue declarado con lugar en razón de que el Juzgado Penal Juvenil que lo sentenció, incurrió en un error judicial al condenarlo a pesar de que tenía menos de doce años de edad, es decir, se encontraba debajo del límite inferior de responsabilidad penal en Costa Rica, conforme a la Ley de Justicia Penal Juvenil.

En este asunto, el Juzgado Penal Juvenil de Buenos Aires de Puntarenas, en fecha 21 de diciembre de 2010, declaró al imputado autor responsable de un delito de abuso sexual contra persona menor de edad, imponiéndole como sanciones, libertad asistida por un plazo de dos años, órdenes de orientación y supervisión por un plazo de dos años y sanción de internamiento en centro especializado por el plazo de un año, en caso de incumplimiento de las penas anteriores.

En enero de 2013, habiéndose agotados los recursos extraordinarios procedentes en contra de la sentencia firme, un defensor público interpuso procedimiento de revisión ante la Sala de Casación Penal, argumentando que el imputado había sido condenado pese a que no tenía la edad de doce años cuando ocurrieron los hechos delictivos por los que fue acusado.

Al contestar la demanda de revisión, el representante del Ministerio Público manifestó que la misma era procedente, bajo la causal de grave infracción a los deberes cometida por un juez;

sin embargo, solicitó que, de conformidad con el numeral 6 de la LJPJ, se remitieran las diligencias al PANI.

Las y los magistrados de la Sala Tercera, de forma unánime, declararon con lugar el procedimiento de revisión con base en lo preceptuado por el inciso d) del artículo 408 del Código Procesal Penal, en cuanto enuncia que resulta procedente cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima a consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, por lo que anularon las sentencias dictadas por el Juzgado Penal Juvenil respectivo y el antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ordenándose la absolutoria del sentenciado por el delito de abuso sexual, disponiéndose el inmediato cese de las sanciones impuestas, además de rechazar la pretensión del Ministerio Público de remitir el caso al PANI⁴⁹.

La trascendencia de este voto es innegable en lo que respecta a la protección de los derechos humanos de la niñez. Lo anterior, en razón de que el máximo órgano de casación penal de Costa Rica reconoció que un Juez Penal Juvenil cometió un error judicial (evidente e indiscutible), por cuanto, a pesar de que de acuerdo con la normativa de este país el límite de responsabilidad penal es de doce años, dicho órgano jurisdiccional le impuso sanciones penales a una persona con una edad inferior a esa, incumpliendo lo dispuesto por la LJPJ.

Brevemente se abordarán tres puntos que se resolvieron en el voto de revisión.

El primero se relaciona estrechamente con la normativa aplicable, aspecto que se analizó tomando como base el artículo 3 a) de la CDN en cuanto a la obligación de los Estados parte

49 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2013-00589, de las diez horas con treinta y cuatro minutos, del 24 de mayo de 2013.

de adoptar todas las medidas necesarias para promover “[e]l establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. Además, se citaron los numerales 1 y 6 de la LJPJ, que son claros en cuanto a que los actos delictivos cometidos por un menor de doce años de edad no son sancionables penalmente.

La Sala de Casación Penal fue categórica en cuanto a que el Juzgado Penal Juvenil dictó una sentencia condenatoria ilegítima al castigar a un sujeto inimputable, en completa y flagrante violación de los derechos y garantías procesales vigentes en el ordenamiento jurídico costarricense. Al respecto indicó:

[...] en el derecho penal de adultos, el primer nivel de la culpabilidad, exige la capacidad de imputabilidad, cuya base elemental, es tener una edad mínima. Igual en penal juvenil, donde para poder imponer una pena por delito, el inculpado debe ser un adolescente, es decir, tener entre 12 y menos de 18 años de edad. Si el sujeto tiene menos de doce años de edad, es un niño (art. 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia), y por consiguiente, un inimputable a quien no se puede declarar culpable ni exigir responsabilidad penal⁵⁰.

El segundo tema es estrictamente de índole probatorio. En este caso, la condición de la edad del inculpado se desprendía con meridiana claridad e inmediatez, de una simple lectura de las actuaciones procesales que constan en el expediente cuyo examen obligatorio le correspondía al juez penal juvenil que resolvió la causa e impuso las sanciones. En la acusación formulada por el Ministerio Público y sometida al contradictorio, se consignó que los hechos investigados, atribuidos al justiciable, ocurrieron en marzo de 2007. Por su parte, en los datos personales de

50 Ibidem.

identificación de su declaración se indicó que nació el 4 de mayo de 1995, circunstancia que se confirma a través de impresiones de consulta al Registro Civil, visibles en el expediente. De esta forma, se condenó de manera ilegal a una persona inimputable, que para el momento de los hechos delictivos, tenía once años y diez meses de edad.

El tercer punto alude a la solicitud del Ministerio Público de remitir el caso al PANI, la cual se rechazó por varias razones, a saber: i) la revisión de la sentencia firme procede sólo a favor del sentenciado, y lo que se invoca no fue solicitado por la parte promovente y le podría perjudicar; ii) las penas impuestas corresponden a situaciones ocurridas en marzo de 2007 (han pasado alrededor de cinco años y medio desde la *notitia criminis*), según se desprende de los hechos probados de la sentencia condenatoria; iii) a la fecha, el indiciado lleva cumpliendo sanciones punitivas por casi un año y medio, producto de un procesamiento judicial injusto; iv) sobre las posibles medidas administrativas de contención, el Fiscal a cargo no argumenta cuáles serían las necesidades actuales del menor de edad, que justificarían su adopción, que, paradójicamente, podrían ser peor que las sanciones penales impuestas en esta causa, puesto que podría restringírsele su libertad ambulatoria; v) resulta desproporcional e irrazonable que a una persona menor de doce años, juzgada arbitrariamente por la LJPJ, que incluso ha tenido que asistir a un programa de ofensores sexuales, tenga que sometérsele de nuevo, alrededor de cinco años y medio después, tras la anulación de su condena en un procedimiento de revisión, por los mismos hechos, a un procedimiento administrativo tutelar que le aborde una situación del pasado, sin interés actual, y que debió gestionarse justo cuando se tuvo conocimiento del suceso, lo cual, nunca se hizo, faltándose al deber de objetividad y legalidad por parte de la Fiscalía.

En materia de protección de derechos humanos de la niñez y adolescencia, tienen gran relevancia la CADH y la CDN, así como su interpretación a cargo de la Corte IDH, la que debe velar porque los efectos de las disposiciones de esta normativa internacional no se vean disminuidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

No cabe la menor duda de que las y los jueces de la jurisdicción de cada Estado están sujetos al imperio de la ley, encontrándose obligados a aplicar no sólo la normativa interna, sino también los instrumentos internacionales que tengan vigencia dentro del ordenamiento jurídico, por lo que tienen un deber de ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, y la CADH y su interpretación a cargo de la Corte IDH.

En el caso analizado, un juez penal juvenil costarricense no aplicó de forma correcta la LJPJ, siendo la Sala de Casación Penal la que en última instancia, basándose en la normativa interna e internacional, hizo ver esta situación, culminando el proceso con una sentencia absolutoria a favor del menor que había sido condenado de forma injusta y contraria a sus derechos humanos.

Conclusiones

El tema de la edad mínima a partir de la cual la persona es responsable penalmente, siempre será objeto de debate. Su estudio, ineludiblemente, debe tener como punto de partida el DIDH y, de forma más concreta, del marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las personas menores, es decir, el *corpus iuris* internacional de los derechos

humanos de la niñez. En el caso costarricense éste comprende, aparte de la CADH y la jurisprudencia y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH (Sistema Interamericano), la CDN y otros instrumentos internacionales, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Sistema Universal).

La normativa internacional no es totalmente clara en cuanto a la edad a partir de la cual debe iniciar la responsabilidad penal del menor, asentándose, como único criterio orientador, lo que contempla en el numeral 40. 3 a) de la CDN, al señalar que “[I]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para [...] a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, y se complementa con la Regla No. 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que recomienda que “su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”.

En reiteradas ocasiones, la Corte IDH ha indicado que en materia de niñez y adolescencia, los instrumentos internacionales citados, entre otros, son relevantes a propósito de salvaguardar los derechos de las y los menores sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, *ergo*, la normativa del Sistema Universal puede complementarse con la del Sistema Interamericano.

La Observación General No. 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores, del CDNUN, si bien no es vinculante para la Corte IDH, es clave, por cuanto recomienda a los Estados parte en el párrafo 32, no fijar una edad mínima de responsabilidad penal demasiado temprana, considerando que

no es aceptable internacionalmente una edad inferior a los doce años.

La legislación costarricense se encuentra acorde a lo establecido por esta Observación, pues la edad mínima de responsabilidad penal fijada por la LJPJ es de doce años. Sin embargo, parece importante reflexionar sobre el contenido del párrafo 32 de esta Observación, en el tanto se alienta a los Estados a que, de no tener la edad mínima absoluta en doce años, la fijen en ese monto y que continúen elevándola. Pareciera que la discusión se debe centrar en si en nuestro país, así como en otros, debe aumentarse a más de doce años el límite de la responsabilidad penal del menor. Por ende, las tendencias que van dirigidas a disminuir la edad de la imputabilidad penal bajo el argumento de “mejorar la seguridad ciudadana” no pueden aceptarse: los derechos humanos de los menores se encuentran por encima de la demanda social o de la presión mediática.

En el caso costarricense, si una persona menor de doce años incurre en una conducta delictiva, lo procedente es que se impongan medidas de protección que no restrinjan su libertad ambulatoria, por cuanto de no ser así, la persona menor de doce años pasaría a ocupar una posición desventajosa con relación a una mayor de esa edad.

El proceso conocido recientemente por la Sala de Casación Penal de Costa Rica es un fiel reflejo de que el sistema judicial no está exento de que se cometan errores. En este asunto, producto de un procedimiento de revisión, se aplicó correctamente la ley, dictándose una sentencia absolutoria. Sin embargo, lamentablemente ello ocurrió aproximadamente dos años y medio después de haber sido condenado el menor por un Juzgado Penal Juvenil, en completa y flagrante violación de los derechos y garantías procesales.

No sabemos si a corto, mediano o largo plazo se presentará ante la Corte IDH algún caso contencioso en el que se demande a un Estado por condenar penalmente a un niño o una niña, alegándose que su legislación interna sanciona a nivel criminal desde una edad muy temprana. Quedará esperar a lo que depare el futuro.

La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno

*Marcos José Miranda Burgos**

En el momento que se cumple con una sentencia se está completando el propósito del caso, que no es otro que brindar justicia. La ejecución de la sentencia es, de seguro, uno de los pilares fundamentales del derecho, pues es la medida en la que efectivamente se repara a la persona a quien se le ha vulnerado uno o varios de sus derechos. Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ordenan reparaciones a particulares de los distintos Estados parte, que en varios casos no tienen un procedimiento claro a seguir dentro de los regímenes internos. En este artículo, luego de analizar conceptos necesarios y revisar casos relacionados, se hará un análisis de cómo se concluyen los procesos internacionales en el Ecuador.

1. La Corte IDH y la jurisdicción contenciosa

En la misión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Tribunal, Corte), conforme a sus estatutos

* Candidato a grado en Derecho, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. Fue practicante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asistente legal del Estudio Jurídico “Coronel y Pérez”. Además, colabora con las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Internacional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y como editorialista invitado de El Universo, el diario más reconocido del Ecuador.

y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención, Pacto de San José), específicamente en sus artículos 61 a 63, está la facultad jurisdiccional de decidir si en un caso sometido a su competencia, existió o no violación de un derecho o libertad protegido en la Convención. Este texto se basará en los casos contenciosos que ha conocido la Corte IDH.

El artículo 62.3 de la CADH atribuye a la Corte el conocer litigios y resolver a través de una sentencia. El Tribunal puede conocer de contiendas por supuesta o “alegada”¹ violación de derechos humanos imputable a un Estado, una vez que se han agotado los procedimientos internos para el esclarecimiento y la solución del hecho, así como el procedimiento internacional previsto en los artículos 48 a 50 de la CADH². Esto quiere decir que en todos los casos, como ha ocurrido hasta ahora, es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión) la que presenta las demandas contra los distintos Estados. En efecto, la CIDH debe comparecer y será parte en los casos ante la Corte, conforme se establece en el artículo 28 del Estatuto de la Corte. Esto implica, que la Corte jamás podrá atraer, por iniciativa propia, un caso a su conocimiento y futura resolución. Pero no se debe olvidar que, además, en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, la Corte IDH tiene competencia para resolver sobre las diversas violaciones a la Convención siempre que los hechos concretos y específicos involucren a dos o más Estados, y que al menos uno de ellos los denuncie ante el organismo.

1 Esta expresión es de común uso en el lenguaje de la Corte.

2 Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nieto Navia, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, primera edición. Corte IDH, San José, Costa Rica, 1994, págs. 147 y ss.

Como bien menciona Sergio García Ramírez, la facultad contenciosa de la Corte IDH es aplicable para todos los Estados parte cuando hayan reconocido o reconozcan la competencia de la Corte, es decir, “que han admitido expresamente la posibilidad de comparecer ante la Corte, convocados por esta, a título de demandados, someterse al juicio respectivo y aceptar las decisiones contenidas en la sentencia, que tienen carácter imperativo para los contendientes en el proceso”³. Consecuentemente, esto deriva en una obligación clara contenida en el numeral primero del artículo 68 de la Convención, que es el compromiso de los Estados parte a cumplir la decisión de la Corte IDH, a la cual me referiré posteriormente.

Cabe mencionar que, trayendo a cuenta el texto del artículo 27.2 del Estatuto de la Corte, hay que esclarecer que

[...] si las relaciones de la Corte con los Estados miembros del Sistema Interamericano, con la Organización de Estados Americanos y sus organismos y con otros organismos internacionales gubernamentales relacionados con el promoción y defensa de los derechos humanos, pueden ser regulados mediante acuerdo o convenios especiales. Entonces, cualquiera de ellos respecto de otro u otros, podrán declarar en cualquier momento que reconocen la jurisdicción de la Corte, sometiéndose consecuentemente a su competencia con el objeto de dirimir controversias específicas y por un tiempo determinado⁴.

3 García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, primera edición. Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 56.

4 Espinal Irías, Rigoberto, “Competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nieto Navia, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos...* págs. 123 y ss.

De esta manera se muestra que la competencia de la Corte IDH con relación a los países no se consigue mediante una única forma o procedimiento. El principio de autonomía del Estado y su voluntad o mediante un acto consensual, es lo que permite el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte. En el momento que el Estado se manifiesta pro jurisdicción de la Corte, se entiende que ésta se compromete a resolver y valer por la protección de los derechos consagrados en la CADH.

Las modalidades de aceptación, que todo Estado parte puede adoptar respecto a su declaración del reconocimiento de la competencia de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, son los que a continuación se puntualizan:

- De pleno derecho.
- A través de una declaración separada especial.
- Incondicionalmente.
- Bajo condición de reciprocidad.
- Por un periodo específico.
- Para un caso específico⁵.

En conclusión, la manera que la Corte IDH puede conocer casos de distintos países, siempre que reconozcan su competencia, va de la mano por lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el sentido de que cualquier país que declare su intención o ánimo de firmar y ratificarla, aceptando sus inherentes obligaciones, podrá ser considerado miembro. Así, Dinah L. Shelton y Paolo G. Carozza, en su obra *Regional Protection of Human Rights*,

5 *Ibidem*, pág. 126.

nos recuerdan que a ningún Estado se le ha negado formar parte de la OEA, ni se lo ha expulsado por violaciones a los derechos humanos, sin perjuicio de que se hayan tomado otras acciones⁶.

2. Obligatoriedad de cumplimiento de sentencias

Conforme se mencionó brevemente en líneas anteriores, el numeral primero del artículo 68 de la CADH determina claramente, y sin lugar a dudas, la obligación del Estado de cumplir la decisión de la Corte IDH en todos los casos en que sea parte. En virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 la Convención, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de la CADH estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por este Tribunal en sus decisiones⁷.

En este sentido, la Corte IDH ha manifestado, especialmente en sus resoluciones de supervisión de sentencias, que

[...] la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones [del] Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe

6 Shelton, Dinah L., y Paolo G. Carozza, *Regional Protection of Human Rights*. Oxford University Press, Estados Unidos de América, 2013, pág. 64.

7 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia, sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 104, párr. 60, y *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013, Considerando tercero.

(pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado [la] Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida⁸.

Al momento de buscar el cumplimiento e iniciar las reparaciones ordenadas, en muchos Estados parte se ha generado la duda sobre cómo se determina la institución estatal o autoridad pública encargada de adoptar lo señalado por la Corte IDH y cumplir con las víctimas. Sobre esta aparente incertidumbre, la Corte ha señalado que “las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”⁹, por lo que la obligación se debería entender que será exclusiva responsabilidad interna del Estado el determinar o adecuar la normativa para el procedimiento y cumplimiento íntegro de la sentencia. Por esta razón, se ha determinado que

Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de

8 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 de 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia..., Considerando cuarto; *Caso Castañeda Gutman vs. México*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, Considerando cuarto.

9 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, Considerando 3; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia... Considerando cuarto; *Caso Castañeda Gutman vs. México*, supervisión de cumplimiento de sentencia... Considerando cuarto.

los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos¹⁰.

Por ende, la reparación que se ordena es independiente de la autoridad o institución pública que a través de sus funcionarios o agentes vulneraron los derechos constitucionales.

En el caso Humberto Sánchez vs. Honduras, la Corte IDH manifestó que

[...] en cuanto al comportamiento de las autoridades, en primer término baste destacar que las acciones u omisiones que vulneren derechos fundamentales pueden ser cometidas por cualquier autoridad pública, sea esta del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, tal como ha quedado establecido en la jurisprudencia de este Tribunal¹¹.

Por esta razón, el juez Manuel E. Ventura Robles ha señalado que al ordenar las reparaciones en los casos contenciosos, es responsabilidad del Estado cumplir con estas reparaciones, y que

10 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 37; *Caso Castañeda Gutman vs. México*, supervisión de cumplimiento de sentencia... Considerando quinto.

11 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 178; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 131.

a lo interno del Estado deben tomar las resoluciones apropiadas los diferentes poderes¹².

De lo expuesto ha quedado clara la normativa y la jurisprudencia que determina la obligación de los Estados parte de cumplir todos los puntos ordenados en la sentencia. No se debe olvidar que, como se resolvió en la primera opinión consultiva¹³, el objeto y fin de la Convención es la protección de los derechos humanos, y que los Estados, al ratificarla, se someten a un orden legal en el cual asumen varias obligaciones, no con relación a otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

3. Facultad de supervisión

De acuerdo a lo previsto en el artículo 62.1 de la CADH,

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

En el momento que el transcrito artículo se refiere a la interpretación o aplicación de la Convención, alude a la facultad de la Corte IDH no sólo de determinar violaciones o dar opinión a la interpretación del instrumento, sino de revisar el

12 Ventura Robles, Manuel E., *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Tomo II. Corte IDH e IIDH, Costa Rica, 2011, págs. 241 y 242.

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

cumplimiento de sus decisiones, pues éstas recogen lo dispuesto en la CADH.

Lo mencionado ha sido reafirmado por Lawrence Burgogue-Larsen en *The powers of the Court to monitor compliance with its judgments*, al esclarecer que “es obvio que en los temas relativos a la aplicación de la Convención, está incluyendo todo lo referente al monitoreo de cumplimiento y conformidad de las decisiones de la Corte”¹⁴. Al respecto, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*¹⁵, la Corte IDH señaló y resolvió lo siguiente:

88. La Convención Americana no estableció un órgano específicamente encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, como sí lo dispuso la Convención Europea. En la preparación de la Convención Americana se siguió el esquema adoptado por la Convención Europea, en lo relativo a los órganos competentes y a los mecanismos institucionales; sin embargo, es claro que al regular la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana no se contempló que la Asamblea General de la OEA o el Consejo Permanente de la OEA desempeñaran una función semejante a la del Comité de Ministros en el sistema europeo.

90. La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones,

14 Burgogue-Larsen, Lawrence, y Amaya Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford University Press, Estados Unidos de América, 2011, pág. 174.

15 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia... párr. 88 y 90.

y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones.

De esta manera quedó sentado en jurisprudencia de la Corte IDH su facultad para supervisar el cumplimiento de las sentencias, actividad que venía realizando desde sus primeros años al constatar y exigir el cumplimiento inclusive de su primer caso, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del año 1988.

Para ejercer la supervisión sobre los Estados condenados (por así llamarlos), en todas las sentencias que la Corte dicta se ordena a los Estados informar en un período específico acerca de las medidas tomadas para cumplir con lo resuelto, pues de ninguna otra manera podría revisar el avance del resarcimiento a la víctimas o de la adecuación de las normas internas, de ser el caso.

Durante el mismo tiempo, la Corte obtiene los alegatos u observaciones de las víctimas o sus representantes y de la Comisión, en el sentido si en efecto se están cumpliendo o no las obligaciones que adquirió el Estado. Con la documentación obtenida y puesta a conocimiento de las partes, la Corte IDH emite su resolución. Pero en casos específicos – como ha ocurrido en *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, y, más recientemente, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*¹⁶ –, la Corte puede convocar a audiencia a la

16 En este caso, luego de tres resoluciones previas acerca del cumplimiento, se convocó a una audiencia para el día 19 de agosto de 2013. Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del Presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos

partes para escucharlas y revisar el camino que han tomado las reparaciones.

La supervisión de sentencias no se limita a una exclusiva revisión, sin perjuicio de que el Estado se encuentre cumpliéndola y esto dependa en parte de los plazos establecidos por la misma Corte. Como ejemplo se transcribe parte de la resolución de cumplimiento de sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador¹⁷, en que la Corte decidió lo siguiente:

DECLARA QUE:

1. De conformidad con lo señalado en los considerandos precedentes, el Estado ha dado cumplimiento total a sus obligaciones de:

a) pagar las cantidades correspondientes al segundo tracto de la justa indemnización y del daño material relativo a los intereses, de conformidad con los puntos resolutiveos segundo, tercero y cuarto de la Sentencia de reparaciones, y

b) publicar en el Registro Oficial los puntos resolutiveos de las Sentencias de fondo y de reparaciones costas y gastos, así como los párrafos 2 y 3 de la Sentencia de reparaciones y costas de 3 de marzo de 2011, conforme el punto resolutiveo ocho de la Sentencia de reparaciones.

2. Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos resolutiveos segundo, tercero del Fallo relativos al deber del Estado de:

a) “pagar a la señora María Salvador Chiriboga por concepto de justa indemnización, la cantidad señalada en el párrafo 84 de la [...] Sentencia”, y

Humanos de 7 de agosto de 2013, punto resolutiveo segundo.

17 Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013.

b) “pagar, por concepto de daño material relativo a los intereses generados, la cantidad fijada en el párrafo 101 de la [...] Sentencia” en tractos sucesivos, de conformidad con lo ordenado en de la Sentencia de reparaciones y costas.

Y RESUELVE:

3. Que se pronunciará sobre las medidas de reparación ordenadas en los puntos resolutivos segundo y tercero de la Sentencia de 3 de marzo de 2011, una vez que el Estado del Ecuador informe sobre el pago de los tractos sucesivos que deberá realizar correspondientes al 30 de marzo de 2014, 2015, y 2016, conforme a los párrafos 84, 101 y 102 a 104 de la Sentencia.

Esta potestad de supervisión complementa o faculta el cumplimiento, pues es, en definitiva, lo más importante del caso. La Corte Europea, al considerar la violación al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual consagra el derecho a un juicio justo, ha establecido en el caso *Hornsby vs. Grecia*, que

[...] este derecho sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca inoperante en detrimento de una de las partes. [...] La ejecución de las sentencias emitidas por los tribunales debe ser considerada como parte integrante del “juicio” [...]¹⁸

18 *Hornsby v. Greece* judgment of 19 March 1997, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1997- II, para. 40; *Antonetto c. Italie*, no. 15918/89, para. 27, CEDH, 20 juillet 2000; e *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, para. 63, ECHR, 1999-V. [Traducción libre del original: “[...] that right would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. [...] Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the ‘trial’ [...]”].

En conclusión, conforme a señalado la Corte IDH

[...] la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento [...] para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho¹⁹.

4. Cumplimiento de los Estados latinoamericanos: algunos ejemplos

Como ha quedado claro, los Estados parte que han ratificado la CADH y se han sometido a la jurisdicción de la Corte IDH tienen la obligación de cumplir las decisiones dictadas emitiendo, para los efectos, normas internas eficaces y claras de procedimiento e inmediatez a beneficio de las víctimas. Esto no se origina en la falta de cumplimiento pronto y cumplido por parte de los Estados, pues desde los primeros fallos de la Corte IDH se aplicó lo dispuesto en el artículo 68.2 de la CADH, en el sentido de que los fallos “se podrán ejecutar en el país

19 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia... párr. 73 y 82.

por el procedimiento interno vigente para la ejecución de la sentencia contra el Estado”. Al respecto, Héctor Fix-Zamudio ha manifestado que

[...] la expedición de disposiciones legislativas para regular el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales asume mayor importancia en América Latina debido en especial a que las sentencias de la Corte Interamericana, cuya competencia jurisdiccional han reconocido expresamente la totalidad de los Estados deben considerarse como imperativas pero no ejecutivas, ya que su cumplimiento corresponde a los países involucrados²⁰.

En lo que sigue, se expondrán brevemente distintos tipos de procesos que se han desarrollado en la región para el cumplimiento de sentencias.

a. Perú

El Perú es seguramente uno de los países que más ha procurado avanzar con relación al cumplimiento de sentencias que ha emitido la Corte IDH, quizás por la cantidad de casos sometidos y resueltos contra este país por el Tribunal.

La Constitución de 1993, vigente a la presente fecha, consagra en su artículo 205 el derecho de la ciudadanía a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. Luego de una serie de reglamentos ineficaces, el 5 de julio de 2002 entra

20 Fix-Zamudio, Héctor, “*La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales*”, en: Corzo, Edgar, Jorge Carmona y Pablo Saavedra (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2013, págs. 253 y 254.

en vigor la Ley 27775, norma que regula el procedimiento de ejecución de sentencias.

El ordenamiento

[...] establece dos tipos de procedimientos, el primero para la ejecución del fallo que ordena el pago de una suma determinada, y el segundo, para la entrega de sumas por determinar²¹.

Es importante destacar que la mencionada norma recoge el trámite para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio no calculado por daños y perjuicios, consecuentemente regulando las modalidades de pago. Sin embargo, y a pesar de que la Ley es aparentemente clara, el problema radica en que en el Perú existen otras normas, recogidas en distintos códigos, reglamentos y decretos vigentes, que hacen que el ordenamiento sea muy complejo, por lo que la coordinación entre instituciones se vuelve complicada.

b. Colombia

La Comisión Intersectorial Permanente para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario es la institución más relevante en Colombia para los derechos humanos, en materia de asuntos internacionales. Fue creada en el 2000 mediante Decreto No. 321, siendo presidida por el Vicepresidente de la República y con las facultades de participar en los procesos internacionales del Estado, así como coordinar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Con el paso de los años los procedimientos han ido mejorando, y han facultado a la mencionada Comisión para ordenar a diferentes entidades estatales el cumplimiento efectivo de una medida de reparación.

21 *Ibidem*, pág. 255.

A partir de la creación de esta dependencia, la práctica colombiana ha creado un rubro presupuestal para el cumplimiento de las sentencias; se realiza un seguimiento interno de cumplimiento, editan y distribuyen las publicaciones, y realizan los actos de reconocimiento público de responsabilidad y las capacitaciones al funcionariado estatal.

Vale recalcar que en Colombia se enseña que

[...] cuando [se está] en presencia de una reparación a víctimas, es obligación para el Estado tener una actitud comprensiva y dirigida principalmente a las necesidades de ellas. La cual debe obviamente estar enmarcada dentro de un trato digno a personas que han sido violentadas por la institucionalidad y que por tanto han perdido la confianza en el Estado. Con la conciencia de la importancia que adquiere este nuevo acercamiento y del cuidado que debe tenerse para no generar una segunda victimización²².

c. Argentina

De acuerdo con la Ley de Ministerios 22.250, la Dirección de Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y la Subsecretaría de Protección de los Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, son las dependencias del Estado argentino encargadas de todo lo relacionado a la tramitación de los casos ante los organismos internacionales, entre estos, la Corte IDH. Como práctica, estas agencias buscan por lo general, un espacio de diálogo con las presuntas víctimas a fin de encontrar una

22 Bravo Rubio, Diana, "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenas prácticas en el caso de Colombia", en: Acosta, Juana, y Álvaro Amaya (comp.), "*Debate Interamericano*" Volumen 2. Comité Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia, 2009, pág. 358.

solución amistosa, inclusive permitiéndose a reconocer la responsabilidad internacional de Argentina.

El problema existente es que

[...] no existe un mecanismo institucional regulado que permita el necesario diálogo entre el gobierno nacional y las provincias, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los fallos de la CrIDH y también de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos²³.

Esto adquiere relevancia porque, sin perjuicio de que la responsabilidad declarada por la Corte es contra el Estado central, en Argentina se sostiene que

[...] las provincias no pueden desligarse, ni la Nación valerse del referido precepto para disminuir la suya (referente a la responsabilidad), ya que todo el país sin distinción de competencias se encuentra obligado a asegurar la plena vigencia de los derechos humano²⁴.

d. México

La ejecución de las sentencias de la Corte IDH en México muestra una problemática interesante, a pesar de que el Estado ha manifestado reiteradamente su política de acatar siempre sus decisiones, conforme a sus compromisos internacionales y al principio *pacta sunt servanda*. El problema radica en que se trata de un Estado Federal, pues

[...] dependiendo del reparto competencial interno de las Entidades Federativas, cada uno de sus órganos debe

23 Hitters, Juan, “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Corzo, Edgar, Jorge Carmona y Pablo Saavedra (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...* pág. 302.

24 *Ibidem*, pág. 316.

proceder a ejecutar y cumplir la sentencia de la Corte Interamericana dentro de su ámbito de jurisdicción, lo cual genera también un tema de competencia entre las obligaciones federales y locales, porque tal y como lo señala el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que no esté expresamente reservado para la autoridades federales se entiende que son reservadas para las Entidades Federativas²⁵.

De esta manera, las reparaciones ordenas en la sentencias de la Corte deben dividirse conforme a la competencia de las entidades. Como es común, la Corte IDH ordena investigaciones y reformas legislativas²⁶, entre otras. Ante esta situación, es claro prever que el cumplimiento será complicado, pues la competencia para la modificación y aprobación de una norma es exclusiva del Poder Legislativo Federal, mientras que la conducción de investigaciones o reparaciones recae en autoridades locales, generalmente, por tratarse de infracciones en fuero común.

Así, queda demostrado que no basta con que exista la plena disposición de cumplir con las sentencias y resoluciones de la Corte, sino que el proceso de cumplimiento debe de abandonar

25 Martínez Valero, Dora, “Experiencia mexicana en la ejecución y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Corzo, Edgar, Jorge Carmona y Pablo Saavedra (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...* pág. 381.

26 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado a México modificar el artículo 57 del Código de Justicia Militar en las sentencias de los siguientes casos: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

complejidades en cuanto a las competencias y atribuciones de las distintas autoridades de México, dando paso al cumplimiento rápido y eficaz a favor de las víctimas.

e. Guatemala

En el caso guatemalteco, la solución que se ha brindado para el cumplimiento de las sentencias y resoluciones de organismos internacionales es probablemente la más sencilla entre los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. El decreto 512 del Congreso de la República estableció que, entre las funciones de la Procuraduría General de la Nación, específicamente en el título de “Representación y defensa de los intereses del Estado”, se incluiría lo siguiente:

Promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en los juicios (incluye organismos internacionales de los que Guatemala sea parte; -Pacto de San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.-).

Lo que se ha hecho en distintos casos en los que se ordenado más que una reparación monetaria, es que la Procuraduría General de la Nación pone en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala la decisión de la Corte IDH para su cumplimiento, la misma que dicta la “ejecución de sentencia”²⁷, ordenando así investigaciones y procedimientos que respeten las debidas garantías.

27 La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala dictó cuatro resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte IDH en los casos Carpio Nicolle y otros, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) y Bamaca Velásquez. En estos casos, se ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron esas violaciones, y juzgar a los responsables. Así, se declaró la nulidad de sentencias nacionales y se iniciaron correctas investigaciones.

5. El cumplimiento en el Ecuador

Ecuador es parte de la CADH. Ratificó la firma del tratado el 28 de diciembre de 1977 y mediante Decreto No. 2768 de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año, la puso en vigencia como norma propia. De igual forma, reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH a través de una declaración con fecha 30 de julio de 1984, enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores. Al ser parte de la CADH, los compromisos internacionales fueron asumidos por el Estado en su conjunto y, por conducto de ellos, se compromete a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Es así que las obligaciones adquiridas por Ecuador como un todo, repercuten internamente a cada autoridad que debe cumplir con la parte que le corresponde.

Entre las obligaciones adquiridas se encuentra el carácter obligatorio, definitivo e inapelable de las sentencias emitidas por la Corte, conforme se explicó en párrafos precedentes. Pero esto no puede entenderse como un cumplimiento inmediato, pues por más explícita que sea, ninguna resolución de la Corte se autoejecuta, sino que es el Estado el responsable de dar cumplimiento con base en su ordenamiento jurídico interno.

Sigue la transcripción de varias normas y disposiciones ecuatoriana; luego se pasa a analizar la complejidad en la que puede verse enredado el cumplimiento de una sentencia.

- **Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado**²⁸

Es esencial empezar con esta norma, por cuanto la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado no menciona nada al respecto.

28 Reglamento adoptado mediante resolución de la PGE. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 63 del 29 de octubre de 2013.

El reglamento de la Procuraduría General del Estado (PGE) establece en su artículo 26 lo siguiente:

Art. 26.- Corresponde al Director Nacional de Derechos Humanos cumplir las funciones señaladas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y las siguientes:

[...]

6. Coordinar con los organismos y entidades del sector público competentes, a nivel interno, la implementación de las acciones necesarias para cumplir sentencias, resoluciones, recomendaciones u otras medidas que hayan dictado organismos internacionales para la prevención y protección de los derechos fundamentales; [...]

- **Estatuto por procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores**²⁹

4.3.2.1. GESTIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS

COORDINACIÓN GENERAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS

a) Misión: Coordinar y efectuar el seguimiento de la acción internacional del país en materia de Promoción Cultural e Intercultural, Derechos Humanos y Asuntos Sociales y Medio Ambiente y Cambio Climático, a través de una gestión estratégicamente planificada; así como presentar la posición del país en los foros internacionales, incentivando y supervisando el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Ecuador en estos ámbitos, de acuerdo a las políticas y prioridades

²⁹ Acuerdo Ministerial No. 118. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 139 del 2 de mayo de 2011. Última reforma del 19 de julio de 2013.

definidas por el Gobierno y en coordinación y consulta con las unidades especializadas del MRECI y demás entidades nacionales competentes, de acuerdo a la Constitución y planes nacionales de desarrollo.

[..]

9. Efectuar el seguimiento de las resoluciones emanadas en las declaraciones, decisiones e instrumentos internacionales, tanto nacionales como internacionales y velar por la implementación y cumplimiento de los compromisos adquiridos.

[..]

4.3.2.1.2. DIRECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y ASUNTOS SOCIALES

[..]

2. Incentivar una relación directa y fluida con diversas instancias de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a fin de difundir las obligaciones del derecho internacional de los DDHH y asuntos sociales y posibilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

3. Coordinar con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la elaboración de informes del Ecuador ante los Comités de DD.HH de los cuales forma parte, y de conformidad con los lineamientos y directrices formuladas por dichos comités, con las recomendaciones sustentadas para la aplicación de estos derechos y el cumplimiento de aquéllas enviadas por los comités especializados.

- **Decreto Ejecutivo 1317³⁰, Anexo 1**

Confírase al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la responsabilidad de coordinar la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y demás obligaciones surgidas por compromisos internacionales en esta materia.

Estas son las principales normas que brindan competencia al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la PGE y a las direcciones respectivas del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el cumplimiento de las sentencias que emite la Corte IDH.

Sin embargo, consideramos que estas disposiciones no son claras en términos de procedimiento, tanto así que el artículo 26 del Reglamento Orgánico Funcional de la PGE se refiere a “la implementación de las acciones necesarias para cumplir”, aceptando que no existe un código o manual de acciones estatales claras para dar efectivo cumplimiento a las sentencias.

Ante esta situación, podría pensarse que, en atención a las distintas circunstancias de un caso, las acciones variarán conforme sean los hechos y autoridades relacionadas al caso. Esto, sin embargo, sería un gran error, pues es central que las víctimas puedan identificar a la autoridad responsable.

Lo que ha ocurrido en los últimos casos en los que Ecuador ha dado cumplimiento a las sentencias, será expuesto brevemente a continuación.

30 Publicado en el Registro Oficial 248, del 18 de septiembre de 2008.

Extractos de resoluciones de cumplimiento de sentencia

• Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador³¹

El Estado informó en su escrito de 23 de abril de 2013, que “las acciones que ha llevado a cabo a fin de dar cumplimiento a las medidas ordenadas por la Corte [...] mediante sentencia de 3 de marzo de 2011”, son las siguientes:

Por concepto de justa indemnización:

a) el 28 de marzo de 2013 el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto realizó una transferencia a favor de la señora María Salvador Chiriboga, la cual incluía el monto de USD\$3.741.000 (tres millones setecientos cuarenta y un mil dólares de los Estados Unidos de América) [...]

Por concepto de daño material

b) el 28 de marzo de 2013 el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito realizó otra transferencia cuyo monto asciende a USD\$1.820.545,50 (un millón ochocientos veinte mil quinientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América, con cincuenta centavos) [...]

• Caso Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador³²

En relación con el punto resolutivo sexto, el Estado ha informado que “contrató una consultoría [con el] objeto [de] desarroll[ar] un módulo de formación en derechos

31 Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia...

32 Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

humanos de las y los pacientes [y] que contenga los marcos legales”. Aunado a ello manifestó que realizó diligencias a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

- **Caso Vera Vera y Otra vs. Ecuador**³³

Indicó que, de conformidad con el “Acuerdo de Cumplimiento” suscrito el 15 de agosto de 2011 con la señora Francisca Mercedes Vera Valdez, madre de Pedro Miguel Vera Vera, y su representante, Ecuador se comprometió a la elaboración de dos “Informes Oficiales”, uno a cargo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y otro a cargo del Ministerio del Interior, “sobre la condición de detención del señor Vera Vera y las acciones realizadas por agentes estatales sobre su estado de salud [sic]”

- **Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador**³⁴

En el Acuerdo de Cumplimiento consta que el Estado se comprometió a realizar la publicación de lo ordenado por el Tribunal en la referida Sentencia. Al respecto, el resumen oficial de la Sentencia fue publicado en el Registro Oficial No. 611, el jueves 5 de enero de 2012, y en el diario “El Comercio”, el domingo 1 de enero de 2012, para lo cual remitió una copia de cada una de dichas publicaciones. En cuanto a la publicación de la Sentencia íntegra, el Estado indicó que la misma se encuentra disponible en dos sitios web oficiales, por el período

33 Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2012.

34 Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2012.

de un año. Así el Ministerio de Defensa Nacional la ha publicado en la dirección electrónica <http://www.midena.gob.ec>, y el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos la ha publicado en la dirección electrónica <http://www.minjusticia.gob.ec>.

- **Caso Tibi vs. Ecuador**³⁵

El Estado informó que, el 26 de septiembre de 2007 la Procuraduría General solicitó al Banco Central de Ecuador transferir a la cuenta del señor Tibi la cantidad de US\$117,137.55 (ciento diecisiete mil ciento treinta y siete dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta y cinco centavos), pero según el Estado no se pudo efectuar la transferencia el 8 de enero de 2008 debido a que la cuenta en el Banco “Le Credit Lyonnais” se encontraba cerrada. Indicó que en enero de 2010 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos realizó la transferencia de \$50.735,45 (cincuenta mil setecientos treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de intereses moratorios y que el 3 de febrero de 2010 los

- **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**³⁶

Que en cuanto al pago de la indemnización a Micaela Suárez Ramón, el Estado informó que la Procuraduría General de Estado depositaría el dinero pendiente en un certificado de depósito en el Banco de Guayaquil e indicó que, tras haber mantenido contacto con los

35 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2011.

36 Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2009.

representantes de la víctima, quedaba a la espera de la información que le proporcionara el representante “a fin de coordinar cuestiones operativas, como el plazo de dicho certificado o quien representará a la menor para su apertura”.

6. Análisis y conclusión

El Ecuador ha dado un paso importante en cuanto al cumplimiento de la sentencias de la Corte IDH, según se puede verificar con base en las normas y decretos arriba mencionados. Conforme se puede revisar, en los casos más recientes la autoridad responsable o ejecutora ha sido el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que, con base en el Decreto Ejecutivo 1317, tiene la clara facultad de coordinar y ordenar a las demás instituciones, a fin de dar cumplimiento con las decisiones de la Corte.

Pero para que el proceso pueda perfeccionarse, es indispensable contar con un manual de procedimiento que indique los plazos, las actuaciones específicas, el funcionariado responsable, el modo de reparar los daños, entre otros, a fin de que la ciudadanía tenga las normas claras cuando se resuelva a su beneficio en la Corte, en especial las víctimas).

La importancia de esto radica en que las y los ecuatorianos cuentan con la acción por incumplimiento, que procede con un reclamo previo a la autoridad responsable, de 40 días, para poder ser interpuesta. Si el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos no inicia las reparaciones, esta garantía jurisdiccional sería viable, hecho que se constituiría en la judicialización de la sentencia.

No se debe olvidar que la institucionalidad que ya ha sido creada o designada para que atienda el cumplimiento de las

sentencias, debe procurar crear espacios de diálogo, especialmente con la víctima, y luego con las demás instituciones del Estado, para llegar a acuerdos y modalidades de cumplimiento que satisfagan los derechos de tales actores, brindándoles además, las seguridades para que puedan continuar con una vida normal.

Entre las modalidades mencionadas, bajo ninguna circunstancia esto podría suponer una burocratización del proceso, pues no se debe de considerar a la víctima como parte a la cual se le requeriría formalismos o peticiones, sino que se deberá establecer una serie de actuaciones que busquen a la víctima para que sea indemnizada.

En conclusión, la actuación de Ecuador puede y debe mejorar, sin perjuicio de que ha sido buena. Pero no se debe olvidar que la confianza de las personas en la Corte IDH y en la misma Constitución de la República, dependerá en parte de la ejecución de las sentencias: no basta con la intención del Estado, sino con una maquinaria procesal que se encargue de cumplir lo mandado, para hacer justicia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico paraguayo y sus efectos

*Romina Paiva Godoy**

Para abarcar este tema es preciso primero exponer la forma de integración y el reconocimiento a las normas internacionales de derechos humanos, en general, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención, CADH), en particular, que presenta la Constitución paraguaya. En este artículo no se pretende profundizar sobre las teorías dualista y monista acerca de la relación entre el Derecho Interno y el Internacional, pero sí se estima necesario referirse a la jerarquía de los diversos instrumentos internacionales, en especial sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico paraguayo, y el lugar privilegiado que los mismos ostentan.

En materia de las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional – en concreto, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)–, el panorama que ofrecen las constituciones latinoamericanas es vasto aunque, en general, establecen la supremacía constitucional respecto de toda otra norma del ordenamiento jurídico¹. La Constitución paraguaya

* Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Directora General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de Paraguay.

1 Almirón, Elodia, *Constitución y derechos humanos*. Editorial Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2004, pág. 105.

no es la excepción, pero dentro del orden jerárquico normativo que establece, se puede distinguir un trato privilegiado a los tratados de derechos humanos en comparación con otros tratados internacionales.

La Constitución paraguaya de 1992 fue un hito en la consagración de derechos fundamentales y garantías constitucionales de protección de estos derechos, que recategorizó los tratados internacionales de derechos humanos². Así, en este texto se consagra la jerarquía normativa kelseniana clásica, que se encuentra en el artículo 137, que dice:

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado³.

Las normas internacionales se encuentran directamente por debajo de la Constitución, y tienen como requisito ser aprobadas y ratificadas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Las siguen jerárquicamente las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas.

A su vez, el artículo 141 expresa:

-
- 2 Andrada, Fátima, “Instituciones internas de protección de los derechos humanos”, en: González, Cynthia (compiladora), *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos. Análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*. Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos, Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 2004, págs. 41 a 54.
 - 3 Pangrazio, Miguel Ángel, *Tratado de derecho público*. Asunción, Paraguay, 1996, pág. 373.

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso⁴, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

De este artículo se desprende que, para que surta efectos jurídicos, el tratado debe estar aprobado por ley de la Nación y los instrumentos de ratificación han de ser canjeados o depositados para su validez. Es decir, el Paraguay, a los efectos de la aplicabilidad y exigibilidad de cualquier instrumento de naturaleza internacional en territorio nacional, primeramente debe modificar su naturaleza a una ley de carácter interno. Eso es lo que prescribe taxativamente el artículo 141 del texto supremo; dicho de otro modo, el mismo estaría sujeto a su aprobación por ley del Congreso para que pueda ser aplicado⁵. De esta forma, una vez que el instrumento internacional pasa por el proceso estipulado en la Constitución Nacional para la modificación de su naturaleza, pasa a formar parte del orden jurídico interno.

Como anteriormente se mencionó, la Constitución de la República del Paraguay hace referencia especialmente al caso

4 Sobre la aprobación de leyes en el Congreso Nacional, Cano Radil señala: “El estudio de los proyectos de ley que siendo aprobados en la Cámara de origen se remite a la Cámara revisora y esta última lo rechaza totalmente, en este caso se aplica el Artículo 206 de la Constitución **del procedimiento para el rechazo total** que dispone que cuando un proyecto de ley, aprobado por una de las Cámaras, fuese rechazado totalmente por la otra, volverá a aquella para una nueva consideración. Cuando la Cámara de origen se ratificase por mayoría absoluta, pasará de nuevo a la revisora, la cual solo podrá volver a rechazarlo por mayoría absoluta de dos tercios y, de no obtenerla, se reputará sancionado el proyecto”. Cano Radil, Bernardino, *Manual de Derecho Constitucional y Político*. Ediciones Jurídicas Catena S.A., Asunción, Paraguay, 2003, pág. 580. Al respecto los artículos de la Constitución Nacional relacionados al tema son: 202 inc.9; 224 inc.1; 204; 205; 206; 207; 208; 209; 211.

5 Almirón, Elodia, *Constitución y derechos humanos...* pág. 112.

de las normas internacionales de derechos humanos. En su artículo 142 consagra:

Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de ésta Constitución⁶.

La denuncia de los tratados conlleva la modificación o derogación de la ley aprobatoria. Los derechos humanos que son reconocidos como garantías esenciales para la dignificación del ser humano, requieren vigencia y estabilidad en sus normas. Esa es la razón por la cual este artículo exige para la enmienda el mismo procedimiento que rige para la modificación de la Ley Fundamental⁷.

La denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos, entonces, se podrá realizar únicamente por el procedimiento de la enmienda constitucional, a iniciativa de la cuarta parte de las y los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de 30.000 electores, en petición firmada. Luego, el texto íntegro de la enmienda deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen, pasará a la otra Cámara en la cual deberá tener la misma aprobación, y, si en alguna de las cámaras no reuniese la mayoría requerida, se rechazará la enmienda y no podrá ser presentada de nuevo hasta dentro de un año. Sin embargo, si el texto de la enmienda alcanza las mayorías requeridas en ambas cámaras, se remitirá al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que se convoque a un referéndum. Si en el mismo el resultado es afirmativo quedará sancionada y

6 Artículo 290 de la Constitución Nacional.

7 Pangrazio, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Público...* pág. 378.

promulgada la enmienda. Si es negativo, la enmienda no podrá promoverse de nuevo antes de tres años.

A mi criterio, es este artículo el que otorga a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos un trato privilegiado, los ubica en una categoría superior dentro del ordenamiento jurídico interno con relación a los demás instrumentos internacionales, ya que los mismos poseen un mecanismo seguro que les otorga una protección mayor, prácticamente equiparados a la Constitución Nacional. Dicho de otro modo, esta precisión dota a los tratados internacionales de derechos humanos de mayor fuerza pasiva de la que tienen los otros tratados internacionales⁸.

El 143 es otro artículo en el que se puede ver la referencia especial que hace la Constitución sobre los instrumentos de derechos humanos. En él se establece que, en sus relaciones internacionales, la República del Paraguay acepta el DIDH y se ajusta, entre otros, al principio de “la protección internacional de los derechos humanos”. Esta norma enuncia principios deontológicos que regirán las relaciones internacionales del país; así mismo, menciona expresamente el DIDH.

El artículo anteriormente citado tiene directa relación con el 145, en el cual se reconoce un orden jurídico supranacional que garantiza 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. De ahí, es evidente que la Constitución paraguaya otorga un lugar privilegiado a los instrumentos internacionales de derechos humanos, prácticamente los blindando ante la intención de cualquier denuncia,

8 Sobre fuerza pasiva de los tratados, ver más en: De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1998; Gómez Fernández, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*. Editorial Tirant le Blanch, Valencia, 2004.

y con ello lleva al Estado no sólo a estar obligado a garantizar y cumplir lo que en ellos se estipula, en primer lugar, sino también, en el caso de que no hacerlo, a que su conducta por acción u omisión sea estudiada por una instancia internacional.

Expuesto el marco constitucional paraguayo, es posible adentrarse en el instrumento internacional de derechos humanos que constituye el marco legal a nivel regional: la CADH o Pacto San José de Costa Rica.

Recuperada la democracia, con la necesidad de investir de legitimidad al nuevo Gobierno y de formar parte de la comunidad internacional ya como Estado democrático, se llamó a las primeras elecciones democráticas en mayo de 1989. El comandante del golpe de Estado, General Andrés Rodríguez, fue elegido presidente constitucional. La primera ley sancionada por el nuevo Congreso electo fue la que ratificaba la CADH (Ley 1/89 del 8 de agosto de 1989).

Según se discutió arriba, la CADH forma parte del ordenamiento jurídico interno del Paraguay a través de su ratificación por la Ley 1/89; este tratado internacional podría ser denunciado sólo por el procedimiento de la enmienda constitucional. Además, en la ratificación del mencionado tratado, el Paraguay no hizo reserva alguna.

La CADH establece un órgano jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con funciones de éste carácter⁹. La Corte IDH, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos en el Sistema

9 García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pág. 90.

Interamericano, posee una competencia contenciosa y una consultiva; aquí se abarca sólo la primera.

Posteriormente a la ratificación de la CADH, el Estado puede reconocer la competencia contenciosa de la Corte IDH y, así, habilitar a este órgano para conocer en los casos en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención. Esa competencia le permite conocer de cualquier caso relativo a la interpretación o aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o por los Estados parte que hayan reconocido, o reconozcan, como obligatoria, mediante una declaración o por medio de una convención especial, dicha competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención¹⁰.

De esto se extrae que no todos los Estados que hayan ratificado la Convención pueden demandar a otros Estados ni ser demandados ante la Corte IDH por la violación de lo dispuesto en la misma; sólo lo pueden hacer los que, además de haber ratificado la Convención, hayan aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte IDH¹¹.

El reconocimiento de jurisdicción de la Corte IDH puede realizarse de forma general, es decir, para todos los casos en los que sea demandado el Estado. También puede ser hecha bajo condición de reciprocidad con respecto a otro Estado, sólo por

10 Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humano. Aspectos Institucionales y procesales*, tercera edición, revisada y puesta al día. IIDH, San José, 2004, pág. 207.

11 El art. 62.3 de la CADH dispone que: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

un plazo determinado o para casos específicos¹². En este sentido, resulta claro del texto de la Convención que un Estado puede ser parte en ella y reconocer o no la competencia obligatoria de la Corte IDH. El artículo 62 de la CADH utiliza el verbo “puede” para significar que el reconocimiento de la competencia es facultativo¹³.

El reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte IDH por parte de Paraguay se da a partir de 1993, y con ello se abre la posibilidad de que los casos individuales denunciados ante la CIDH, lleguen a la Corte IDH. Es decir, el individuo que no obtiene respuesta a la violación de sus derechos humanos a nivel judicial interno puede acceder al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos a través de la presentación de una denuncia del caso a la CIDH. Con esto se abrió un espacio más para la mejor protección de los derechos humanos en Paraguay.

A partir de esto, se puede concluir que el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH está sujeto a la aceptación expresa y facultativa de la misma, mediante una declaración especial que deben realizar los Estados. La aceptación expresa por parte de Paraguay es el Decreto No. 16.078, de 8 de enero de 1993. Éste estipula que el reconocimiento es indefinido, y se refiere expresamente a los hechos ocurridos

12 El art. 62.1 de la CADH dispone: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial. La competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”

13 Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Instituto Europeo de Derecho, Barcelona 2003, pág.110.

con posterioridad al mismo y sólo para aquellos casos en que exista reciprocidad.

Entre las obligaciones a las que se someten los Estados parte al aceptar expresamente la competencia contenciosa de la Corte IDH, se encuentra la de acatar y cumplir sus sentencias en los casos en los que hayan sido parte¹⁴. Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por este tribunal internacional en sus decisiones¹⁵.

Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado¹⁶. La responsabilidad que pueda surgir por la falta de cumplimiento de las obligaciones que emergen de la Convención no solamente alcanzan al Poder Ejecutivo, sino a todos los demás poderes del Estado, y éste responderá a las mismas como una unidad y no como el órgano que ha cometido la omisión o el acto del cual surge la responsabilidad. Es el Estado, como un todo, el que queda vinculado por la sentencia de la Corte IDH y es responsable de su cumplimiento.

En su artículo 67, la CADH dispone que las sentencias de la Corte IDH son definitivas e inapelables. En consecuencia, no procede contra ellas recurso alguno. Es por este motivo que, una vez notificada la sentencia, las partes solamente pueden presentar un recurso para que se aclare el sentido o el alcance del

14 El art. 68.1 de la Convención Americana dispone que: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en el que sean partes”.

15 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, competencia, sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 131.

16 Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia...* pág.262.

fallo¹⁷, pero el mismo no interrumpe el plazo de cumplimiento de la sentencia.

De la jurisprudencia de la Corte IDH podemos destacar que el cumplimiento del fallo resultante del proceso, constituye para los Estados parte una obligación convencional. La misma, en numerosos casos, ha dicho al respecto:

Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida¹⁸.

Cuando un Estado es parte de la CADH y ha aceptado la competencia de la Corte IDH en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si se ha ajustado o no a las disposiciones de la Convención, aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno¹⁹.

17 El art. 67 de la Convención Americana dispone que: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

18 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros sobre Cumplimiento de Sentencia*, 17 de noviembre de 1999, pág. 6; *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 98.

19 Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia...* pág. 265.

Una vez analizada la conducta del Estado en un proceso ante la Corte IDH, ésta debe pronunciarse en una sentencia sobre la eventual responsabilidad del Estado y, en caso que ella sea establecida, disponer que se garantice al lesionado en el goce del derecho o libertad conculcados, resolver sobre las reparaciones e indemnizaciones a que haya lugar y sobre el pago de costas.

Constitucionalmente el Paraguay, en el artículo 145 de la Constitución Nacional reconoce un orden jurídico supranacional y lo concreta con la ratificación de la CADH, la sanción de la Ley 1/89 y la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH para la interpretación y aplicación de la Convención, a través del Decreto No.16.078. Con estos actos el Estado pasó a ser un Estado en armonía con la comunidad internacional, asumiendo compromisos ante la misma en materia de derechos humanos.

Así, se concluye que la CADH forma parte del Derecho Interno paraguayo, y la violación a la misma podría ser subsanada a nivel interno. Pero cuando esto no sucede o se ha realizado de manera irregular, el Estado se encuentra expuesto a ser declarado responsable de tales violaciones por la Corte IDH. Luego del proceso jurídico internacional surge una nueva obligación: cumplir lo ordenado por la Corte IDH en su sentencia. Al no hacerlo el Estado se encuentra nuevamente violando una obligación convencional.

Tribunales internacionales de protección de derechos humanos en casos de crímenes internacionales

Especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos

*Yennesit Palacios Valencia**

Introducción

Los procesos de transición democrática¹ están asociados, entre otras cosas, a múltiples casos de violaciones de derechos humanos² por trasgresiones a bienes jurídicos supranacionales³,

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Cultura Política y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Doctora y Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Ha sido docente-investigadora en la Universidad Santo Tomás de Medellín en el área de Derechos Humanos y Derecho Internacional y miembro del Grupo de Investigación Derecho, Desarrollo y Sociedad. Igualmente, en la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín en el Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad, coordinando la Línea en Género y Multiculturalismo.

1 Arthur, Paige, “Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en: Reátegui, Félix (editor), *Justicia transicional. Manual para América Latina*. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 2011, pág. 75.

2 *Ibidem*, págs. 73-74.

3 Ollé Sesé, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales*. La ley-Temas, Universidad de Nebrija, Madrid, mayo de 2008, pág. 143.

circunstancia que ha obligado – tanto en el contexto americano como en el europeo –, a la creación de sistemas internacionales de protección de derechos humanos para sancionar al Estado infractor. Esta situación se ha concretado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial⁴, dado el esfuerzo común de la humanidad por entrar en una etapa de humanización con el propósito más amplio de preservar y fortalecer los derechos del individuo⁵.

Este contexto propició, a su vez, un giro trascendental en la lucha contra la impunidad por la comisión de crímenes internacionales⁶, permitiendo la constitución de tribunales penales internacionales, verbigracia, el Tribunal Penal Militar de Núremberg⁷ y, *a posteriori*, los tribunales penales internacionales especializados. Esta herencia jurídica ha facilitado la creación del único tribunal penal internacional permanente, la Corte Penal Internacional (CPI), consagrando en su tratado constitutivo, el

4 Arthur, Paige, “Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”... pág. 81.

5 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, tercera edición. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, pág. 1.

6 Rodríguez-Villasante y Prieto, José, “Hitos y experiencias de la Justicia Penal Internacional”, XXI Jornadas de Estudio, Dirección del Servicio Jurídico, Abogacía general del Estado, junio 9 a 11 de 1999, Civitas, Madrid, pág. 287.

7 Por lo que se refiere al ámbito material de la responsabilidad individual, el Tribunal de Núremberg se declaró competente para juzgar los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad (art 6.). Tanto en el propio juicio, como con posterioridad en el ámbito doctrinal, se planteó un intenso debate acerca de la adecuación de las categorías de crímenes contra la paz y contra la humanidad al principio de legalidad en el ámbito penal (*nulum crime sine lege, nulla poena sine lege*). Esta polémica no se extendió, sin embargo, a los crímenes de guerra que podían fundamentarse en los usos de la guerra tal como habían sido codificados por los instrumentos relativos al derecho de los conflictos armados. Véase Martínez, Martín, et al, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*. Ariel, Madrid, 2001, págs. 18-19.

Estatuto de Roma de 1998, lo que la doctrina ha denominado **crímenes internacionales nucleares**⁸.

Esta base jurídica soporta la idea que “bajo el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de crímenes de derecho internacional (como la tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual), crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra”⁹, todos ellos competencia de la CPI¹⁰. Esta obligación es consecuencia directa y lógica del carácter de *jus cogens*¹¹ de la prohibición de cometer tales crímenes¹², regla que los convierte no sólo en imprescriptibles, sino también en crímenes inindultables e inamnistiables¹³.

8 Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en: *Justicia de Transición*. Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009, pág. 24.

9 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales*, primera edición. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, abril de 2012, pág. 7.

10 Pastor, Daniel, “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en: Cancio Meliá, et al. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2. Edisofer S.L. libros jurídicos, España, 2006. Pág. 488.

11 Voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade en la sentencia de la Corte IDH en el Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, de 29 de abril de 2004, párr. 13.

12 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales...* págs. 7-8.

13 Sánchez Montero, Joan, “Corte Interamericana, crímenes contra la humanidad y construcción de la paz en Suramérica”, en: *La observancia del Principio de Legalidad Internacional en el desarrollo progresivo de los Crímenes contra la Humanidad*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, mayo de 2010, pág. 22.

A partir de estas premisas, éste trabajo describirá los aspectos centrales de casos que hacen referencia a graves violaciones de derechos humanos, estimados como crímenes internacionales. Estas valoraciones críticas han sido asumidas así por los sistemas regionales de protección de derechos humanos a través de sus órganos, en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁴ – también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, no debe confundirse el sistema de responsabilidad internacional atribuida exclusivamente al Estado por violaciones de derechos humanos, de la responsabilidad atribuida a la persona humana en materia penal, dos asuntos que, aun relacionados entre sí, tienen divergencias sustanciales, pues, a diferencia de los tribunales penales que determinan la responsabilidad individual por crímenes contra la humanidad – circunstancia que en este último caso será de competencia de la CPI –, los tribunales regionales especializados en materia de derechos humanos se encargan de declarar o no la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos¹⁵.

En esta ocasión, los asuntos que serán valorados hacen referencia a siete situaciones que han llamado la atención por la gravedad de los hechos. Por una parte, en el contexto americano se estudiarán el caso de la Masacre Plan Sánchez contra Guatemala (2004), el caso Almonacid Arellano contra Chile (2006) y el caso del Penal Miguel Castro Castro contra

14 García de Enterría, Eduardo, et al., *El Sistema Europeo de Derechos Humanos*, segunda edición. Civitas, Madrid, 1983, págs. 196-197.

15 Del Toro Huerta, Mauricio, “La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 98. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pág. 667.

Perú (2006). Estos asuntos gozan de especial importancia por su relación con crímenes internacionales y, sobre todo en el último caso, por hacer un análisis profundo con perspectiva de género desde diferentes instrumentos internacionales. Por otro lado, del Sistema Europeo se hará referencia al caso Papon contra Francia (1998) y al caso Kolk Kislyiy contra Estonia (2006), además del asunto Korbely contra Hungría (2008) y el caso Streletz, Kessler y Krenz y K.H.W. contra Alemania (2004), los cuales sobresaltan por las secuelas derivadas de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial.

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su referencia a casos de crímenes internacionales por graves violaciones de derechos humanos

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial¹⁶ se crea un detonante en la comunidad internacional para instar a los Estados por la búsqueda de la paz y el respeto por los derechos humanos. Así, en el ámbito regional, en el continente americano, “se crea el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que empieza a consolidarse en 1948 con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, con la cual nace la Organización de Estados Americanos (OEA)”¹⁷. En esta época también surge la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo eje central se encuentra el respeto por la dignidad humana.

16 Bessel, Richard, *Alemania 1945. De la guerra a la paz*, Gabriel Dols (trad). Ediciones B, S.A., Barcelona, mayo de 2009, pág. 9.

17 Palacios Valencia, Yennesit, “Género en el derecho constitucional transnacional: casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Revista *Facultad de Derechos y Ciencias Políticas*, Vol. 41, No. 114. Medellín, 2011, pág. 137.

La Declaración Americana tiene como guardiana a la Comisión¹⁸ Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que surge en 1959 y cuyo mandato se consagra inicialmente en la Carta de la OEA, y posteriormente con la aprobación de la Convención Americana¹⁹ sobre Derechos Humanos (CADH) en 1969, instrumento que establece a su vez la creación de una corte como institución judicial autónoma, situación que se materializa casi diez años después cuando se instala la Corte IDH el 3 de septiembre de 1979, en San José de Costa Rica.

Hoy en día existe un amplio y comprensivo *corpus iuris* en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano²⁰, lo cual es muestra clara del proceso evolutivo de los derechos inmersos en los instrumentos del Sistema. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos en general forman un *corpus* de reglas bastante complejo, distinto en cuanto a sus orígenes, a su contenido, a sus efectos jurídicos, a su ámbito de aplicación, a sus destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión.

18 La CIDH tiene como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. A su vez, es la encargada de recibir y supervisar peticiones que han sido hechas contra un Estado miembro de la OEA, por violación de los derechos humanos consagrados en los diferentes instrumentos internacionales del Sistema Interamericano.

19 Su entrada en vigor se produjo el 18 de julio de 1978.

20 Sirva precisar como ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Son instrumentos que de manera armónica irradian el Sistema Interamericano.

A nivel de implementación, incluso, los órganos de supervisión operan sobre bases jurídicas diferentes²¹.

Sobre esta base, los distintos pronunciamientos de los órganos del Sistema han ratificado el deber de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos. Éstos paralelamente han estado rodeados de garantías y de mecanismos procesales internacionales de protección, configurando un sistema de garantía colectiva de los Estados, distinto del previsto en los ordenamientos jurídicos nacionales²². Esta circunstancia ha generado una atención mayor por el respeto a tales derechos, amén de que el sistema convencional obliga a los Estados a respetar lo pactado por el principio *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena de 1969, que ostenta también el calificativo de norma de *ius cogens*²³, normas que son de obligatoria e imperativa observancia pues, como sostiene Cançado Trindade, “son una categoría abierta que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal”²⁴.

21 Cançado Trindade, Antonio Augusto, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (1948-1995). Evolución, estado actual y perspectiva”, en: Bardonnnet, D., y Amtonio A. Cançado Trindade, editores, *Derecho internacional y derechos humanos*, primera edición. IIDH, San José, Costa Rica, 1996, págs. 49-50.

22 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...* págs. 1 y ss.

23 La Corte IDH en reiteradas oportunidades ha sostenido que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, por tanto la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al Derecho Internacional general. Al respecto véase: *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, voto razonado del juez Cançado Trindade a la sentencia de fondo del 29 de abril de 2004, párr. 12; *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 99; *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 404; *Caso la Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrs. 225-226; *Caso Goiburú y otros v. Uruguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2006. párr. 128.

24 Corte IDH, OC 18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*

Pero este proceso no ha sido fácil, ha implicado la intervención de los órganos del Sistema Interamericano en coyunturas difíciles, algunas de ellas en procesos de transiciones²⁵ democráticas que impedían, por un lado, el buen funcionamiento de las obligaciones internacionales contraídas y, por el otro, debilitaban gradualmente una protección efectiva de los derechos humanos en los Estados de las Américas. Así, por ejemplo, se han generado circunstancias donde la Corte IDH se ha pronunciado, en determinados casos y por la gravedad de los hechos, a catalogarlos no sólo como una situación de violación de derechos humanos sino con el carácter de crímenes internacionales. Esta línea se puede ver con claridad en los casos que a continuación se desarrollan.

a. Caso Almonacid contra Chile

Si se trata de mencionar hechos sobre graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad, es necesario mencionar el caso de Almonacid Arellano contra el Estado de Chile²⁶, pues las violaciones declaradas en esta sentencia se refieren a la denegación de justicia que sufrieron las víctimas por el incumplimiento del Estado de los deberes generales consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, por la falta de investigación y sanción oportuna de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191,

Indocumentados, voto concurrente de Antonio A. Cançado Trindade, párr. 68.
Cfr. *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, párr. 29.

25 Arthur, Paige, “Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”... pág. 75.

26 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

Ley de Amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como por la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

Como se desprende de los hechos de la referida sentencia, el señor Almonacid era profesor de enseñanza básica, militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE). Ello coincidió con el régimen militar del General Augusto Pinochet, que derrocó al Gobierno del presidente Salvador Allende en Chile, el 11 de septiembre de 1973²⁷.

Todo esto ocurrió en un contexto de represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras, lo cual operó hasta el fin del gobierno militar el 10 de marzo de 1990, “aunque con grados de intensidad variables y con distintos niveles de selectividad a la hora de señalar a sus víctimas”²⁸. Esta represión estuvo caracterizada por una práctica masiva y sistemática de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas (incluida la violación sexual, principalmente de mujeres), privaciones arbitrarias de la libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, desapariciones forzadas, y demás violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, asistidos a veces por civiles. La represión se aplicó en casi todas las regiones del país²⁹.

27 La época más violenta de todo el periodo represivo corresponde a los primeros meses del gobierno de facto. De las 3.197 víctimas identificadas de ejecuciones y desapariciones forzadas que ocurrieron en todo el gobierno militar, 1.823 se produjeron en el año 1973. Por su parte, “el 61% de las 33.221 detenciones que fueron calificadas por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, corresponde a detenciones efectuadas en 1973”. Esta misma Comisión señaló que “más del 94% de las personas que sufrieron prisión política” dijeron haber sido torturadas por agentes estatales. Véase, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile...* párr. 82.5.

28 *Ibidem*, párr. 82.4.

29 *Ibidem*, párr. 82.5.

En esta coyuntura, aunque un proceso penal fue abierto por el homicidio del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, aun los esfuerzos por un llamado de justicia por parte de sus familiares, en 1997 un juzgado penal militar dictó sobreseimiento total y definitivo de la causa en aplicación de la ley de autoamnistía³⁰. Así, la Corte Suprema de Justicia en 1998 ratificó la decisión de la jurisdicción penal militar y ordenó el archivo de la causa. Este hecho llevó a los familiares de Almonacid a acudir al Sistema Interamericano por violación a las garantías judiciales (artículos 8 y 25 de la CADH) y de las obligaciones de respetar los derechos humanos y adoptar las disposiciones de derecho interno consagrados en los artículos 1 y 2 de la CADH.

Estas circunstancias llevaron a la Corte IDH a concluir, de manera acertada, que el Estado no podría argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Por tanto, no podría excusarse en el Decreto Ley No. 2.191, pues los acontecimientos se correspondían con crímenes de lesa humanidad y era una opción contraria a derecho intentar amnistiar a los responsables por tratarse de crímenes contra la humanidad. Así pues, el citado decreto era incompatible con la CADH, razón por la cual carecía de efectos jurídicos³¹. Pero, además, el Estado no podía argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, pues al constituirse un crimen de lesa humanidad, además de ser inamnistiable, era imprescriptible³².

30 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales...* pág. 25.

31 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile...* párrs. 103,119 y 145.

32 *Ibidem*, párr. 152.

Los crímenes de lesa humanidad van “más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”³³. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”³⁴. Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, la Corte IDH consideró que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Por lo tanto, Chile no podría dejar de cumplir esta norma imperativa³⁵.

En consecuencia, serían nulas de manera absoluta por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las disposiciones de amnistía, de prescripción, los indultos y el establecimiento de cualquier tipo de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de este tipo de crímenes³⁶.

33 Ibidem, párr. 152.

34 Ibidem, párr. 152.

35 Ibidem, párr. 153.

36 Sánchez, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”... pág. 23.

En esa medida, como enuncia Parenti³⁷, si bien el texto de la CADH no contiene referencias expresas a la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado, ni establece limitaciones a la aplicación de normas sobre prescripción en tales casos, dichos extremos han sido afirmados por la jurisprudencia de la Corte IDH en reiteradas oportunidades. Por ello, hoy en día los crímenes internacionales son condenados por el Derecho Internacional tanto general como convencional. Esta evolución ha sido impulsada por la conciencia jurídica universal, la cual es la fuente material última de todo Derecho³⁸.

Así también lo han ratificado los tribunales penales internacionales *ad hoc*, anteriores a la CPI, pues los estatutos del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) y el de la Antigua Yugoslavia (TPIY) coincidieron en incluir en la categoría de crímenes de lesa humanidad, en concreto, los actos de: “homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos

37 El deber de investigar y sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos fue enunciando ya en el primer caso contencioso en el que la Corte IDH emitió sentencia. En el caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párr., 166-167. Véase asimismo, los casos Godínez Cruz v. Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989, párr., 173; Caballero Delgado y Santana v. Colombia, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr., 56; El Amparo v. Venezuela, sentencia del 14 de septiembre de 1996, párr. 6 del voto del juez Cañado Trindade; Loayza Tamayo v. Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros. Parenti, Pablo F., “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, séptima edición. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Georg-August-Universität-Göttingen, 2010, págs. 211-228.

38 Voto razonado del juez Antonio Cañado Trindade en la sentencia de la Corte IDH, Caso Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala de 29 de abril de 2004, párr. 13.

políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos”³⁹. Así por ejemplo, según el Estatuto del TPIR, tales comportamientos constituirían crímenes de lesa humanidad “cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”. Estos elementos claramente son identificados por la Corte IDH en el presente caso, para acertadamente calificar tal circunstancia como violación grave de derechos humanos por ser constitutivo de crimen de lesa humanidad.

b. Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala

En cuanto al caso denominado Plan Sánchez contra Guatemala, los peticionarios alegaron *inter alia*, que los crímenes cometidos en ejecución de la política de tierra arrasada, incluyendo la masacre de Plan de Sánchez, constituyen genocidio contra el pueblo indígena maya de Guatemala, puesto que:

Dichos actos fueron dirigidos con la intención de destruir total o parcialmente al grupo étnico Maya [...] pues como resultado de la política de Estado se generó la matanza de miles de indígenas-mayas guatemaltecos y la completa erradicación de casi 440 aldeas. [...] La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), registró 626 masacres atribuibles a estas fuerzas [del Estado]. Además, víctimas y supervivientes de tales crímenes fueron forzadas a vivir en un régimen de terror y represión bajo la autoridad de aquellos que habían

39 Pigrau Solé, Antoni, “Las experiencias de los tribunales penales internacionales para antigua Yugoslavia y Ruanda”, en: *Hacia una justicia penal internacional*. XXI Jornadas de Estudio, Madrid, 9 a 11 de junio de 1999, pág. 432.

ejecutado las masacres, incapaces de hablar o pedir justicia para ellos o sus muertos. [...] Después de las masacres los sobrevivientes fueron forzados a vivir en un ambiente construido y controlado por los militares⁴⁰.

Así mismo, en su informe Guatemala, Memoria del Silencio, la CEH estableció la ocurrencia, sobre todo en el período 1981-1983, de mayor índice de violencia en el conflicto armado en Guatemala, en el cual se dieron el 81% de las graves violaciones de derechos humanos, de “actos de genocidio”, caracterización dada en la determinación de los hechos ocurridos en cuatro regiones de Guatemala, contra miembros de los pueblos maya-ixil, maya-achi, maya-k’iche’, maya-chuj y maya’q’anjob’al. A juicio de la CEH, los victimados fueron sobre todo los miembros “más vulnerables” de las comunidades mayas (especialmente niños, niñas y ancianos), y estas graves violaciones de derechos humanos comprometían tanto la responsabilidad individual de los “autores intelectuales o materiales” por los “actos de genocidio”, como la “responsabilidad del Estado”, por cuanto dichos actos fueron, en su mayoría, “producto de una política preestablecida por un comando superior a sus autores materiales”⁴¹.

En este sentido, con relación al tema de genocidio al que aludieron tanto la CIDH como los representantes de las víctimas y sus familiares⁴², la Corte IDH hace notar que en materia contenciosa sólo tiene competencia para declarar violaciones de la CADH y de otros instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que así se la confieren. No obstante, hechos

40 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia sobre el fondo del asunto, abril 29 de 2004, Serie C No. 105, párr. 3.

41 *Ibidem*, párr. 5.

42 *Ibidem*, párr. 51.

como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya-achi en su identidad y valores, y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causaron un impacto agravado que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, situación que la Corte IDH tiene presente al momento de resolver sobre las reparaciones⁴³. El análisis es necesario también por las implicaciones jurídicas que pudiera tener la conducta violatoria realizada desde la perspectiva de otros instrumentos internacionales, especialmente la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de 1948.

Sobre el particular, el juez Cançado Trindade⁴⁴, hace algunas aclaraciones que es necesario precisar. Es cierto que la Corte IDH carece de jurisdicción para determinar violaciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero cabe aquí hacer dos anotaciones. En primer lugar, enuncia Cançado, el momento a partir del cual Guatemala se comprometió a proteger la totalidad de los derechos consagrados en la CADH fue el de su ratificación de la Convención, el 25 de mayo de 1978, el cual es anterior a la masacre de Plan de Sánchez. En consecuencia, la cuestión jurisdiccional es distinta de la cuestión sustantiva de la responsabilidad internacional. Por ello, aunque la Corte IDH carezca de jurisdicción para pronunciarse sobre los alegados actos de genocidio (por estar más allá de su competencia *ratione materiae*), esto no exime al Estado demandado de su responsabilidad internacional – por éste reconocida en el presente caso – por violaciones de los derechos protegidos por la CADH y demás tratados humanitarios en que Guatemala es parte⁴⁵.

43 Ibidem, párr. 51.

44 Ibidem, párr. 6.

45 Ibidem, párr. 7.

En segundo lugar, el juez Cançado Trindade⁴⁶ alude que el trato humano en cualquier circunstancia, abarca todas las formas de comportamiento humano y la totalidad de la condición de la vulnerable existencia humana. Y más que una disposición de aquellas garantías, el trato humano corresponde al principio de humanidad, que traspasa todo el *corpus juris* del Derecho Internacional Humanitario convencional, así como consuetudinario. Por esto, es necesario tomar en cuenta no sólo el Derecho Internacional convencional, sino también el Derecho Internacional general, y resalta que no hay que pasar desapercibido lo establecido por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, el cual ponderó, con acierto, en el caso Akayesu (sentencia del 02.09.1998) que:

El concepto de crímenes contra la humanidad ya “había sido reconocido mucho antes” del propio Tribunal de Núremberg (1945-1946) (párr. 565). Para esto contribuyó la cláusula Martens; en realidad, expresiones similares a la de aquel crimen, invocando la humanidad victimada, “aparecen mucho antes en la historia humana” (párr. 566). El mismo Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló, en el caso J. Kambanda (Sentencia del 04.09.1998), que “en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”, las víctimas siendo tanto las personas masacradas como la propia humanidad (tanto en los actos de genocidio como en los crímenes contra la humanidad) (párrs. 15-16)⁴⁷.

Estas consideraciones son relevantes sobre todo porque actos que, bajo distintos tratados y convenciones internacionales,

46 Ibidem, párr. 6.

47 Ibidem, párr. 12.

considerados como genocidio o como violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, ya eran prohibidos aun antes de la entrada en vigor de dichos tratados o convenciones, por el Derecho Internacional general. Se puede aquí invocar, en el marco de esto último, el reconocimiento universal del supra citado principio de humanidad⁴⁸. Este supra-principio es generado por el sentimiento de humanidad (*humaneness*) – propio de un nuevo *jus gentium*, del siglo XXI – que traspasa todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo⁴⁹.

Al respecto podría añadirse que, aunque la Corte IDH ya ha reiterado que no es competente en razón a la materia cuando se trate de violaciones de derechos consagrados en la Convención contra la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1950, esto no obsta que se pueda hacer un análisis extensivo, a modo de interpretación holística, para establecer la relación armónica que tienen los derechos humanos en su esencia con el *corpus iuris* internacional existente en la materia, para sustentar la protección efectiva de tales derechos. Precisamente, al hacer una interpretación sistemática de las normas como un todo se da significado y alcance al sistema jurídico del cual emanan por tratarse, en este caso, de situaciones que van más allá de una afectación de un bien jurídico determinado, por transferirse a un grado de vulneración global debido al sentimiento colectivo generalizado y al tratarse de normas que tienen como afectada directa a la humanidad en su conjunto. En consecuencia, como expresa Kai Ambos,

48 A este respecto, el juez Cançado Trindade, ha desarrollado lo que ha denominado, en sus Votos - entre los cuales se encuentra el Voto Concurrente en la Opinión Consultiva N°. 16, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (del 01.10.1999) – un proceso histórico de verdadera humanización del derecho internacional (párr. 35).

49 *Ibidem*, párr. 14. Voto razonado.

[...] en primer lugar, la frase **crímenes contra la humanidad**, sugiere delitos que agravan no sólo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. En segundo lugar, [...] sugiere que estos delitos, calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza⁵⁰.

c. El caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú

La Corte IDH se ha pronunciado en lo que al delito de genocidio se refiere, relacionado con el crimen de lesa humanidad, en el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú⁵¹ que, como en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez, se refiere a violaciones masivas de derechos humanos en el contexto de dictaduras. Este caso en particular se sitúa en el marco de un conflicto armado interno bajo el régimen del ex presidente Fujimori en el Perú, situación generalizada de exterminio, en un grupo específico, esto es, Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amará, ocurrida en una institución penal cuyos ocupantes se hallaban sujetos en forma prácticamente total, al control del Estado – de *jure* y de *facto*. Por esta razón, la circunstancia de este caso tiene dos componentes: reclusión, por una parte, y empleo de la fuerza, por la otra. Así, los hechos violatorios se proyectaron en esas dos dimensiones⁵².

50 Ambos, Kai, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, texto originalmente publicado como “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en: Sadat, L. N. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, págs. 279-304. Traducción de John E. Zuluaga.

51 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 47.

52 *Ibidem*, párr. 70.

Si bien en dicho caso la identidad del grupo de presuntas víctimas no es una categoría protegida bajo la definición de la Convención para la Prevención y Sanción al Crimen de Genocidio,

[...] el Estado del Perú [en su Código Penal] había consentido una definición de genocidio que ampliaba la definición reflejada en dicha Convención, incluyendo al “grupo social” entre los grupos protegidos y por tanto están vinculados *vis a vis* aquellos bajo su jurisdicción a no someter a aquellos grupos sociales a actos genocidas⁵³.

Aquello generó que en este asunto se alegara la configuración del crimen de genocidio en virtud de que el Estado asesinó a “miembros del grupo de prisioneros en cuestión”, causándoles daños físicos y mentales de gravedad. Así mismo, los sometió a “condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física en todo o en parte”, actos que fueron cometidos “por considerárseles parte de un grupo específico, el cual era blanco del Estado”⁵⁴. Paralelamente, las circunstancias fueron invocadas como constitutivas de tortura, dado que:

a) La asfixia, la privación de agua y alimentos, el hacinamiento forzado, el sufrimiento severo mental infligido por el ataque y las armas específicas escogidas para él constituyen una violación flagrante de la prohibición contra la tortura”; b) “el ataque fue diseñado como una reproducción del infierno”. Este ataque incluyó cortes de electricidad, bombardeo y bombas incendiarias que producían una luz anaranjada, en un ambiente de oscuridad absoluta y de voces gritando. “Intencionalmente planeado [...]” para que quedará en

53 Ibidem, párr. 299-J.

54 Ibidem, párr. 299-J.

las neuronas de los sobrevivientes”, resaltando además, que se usó la violencia sexual y “violación de la mujer como forma de tortura”⁵⁵.

Igualmente, este caso goza de especial importancia, dado que su estudio tiene un fuerte enfoque de género, pues hasta esa fecha la Corte IDH no había recibido consultas o litigios que tuviesen como personaje principal – o, al menos, como uno de los personajes principales, de manera específica –, a la mujer⁵⁶. Obviamente, la Corte IDH ha abordado temas en los que se proyecta la cuestión de la igualdad a propósito del género – como la Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, resuelta el 19 de enero de 1984 –, e igualmente ha conocido casos que atañen a mujeres a título de víctimas de violaciones de derechos humanos o personas en riesgo, cuya situación amerita medidas provisionales de carácter cautelar y tutelar. Sin embargo, en estos casos la violación o el riesgo no ponía a la vista, necesariamente, consideraciones vinculadas directa e inmediatamente con la condición femenina de la víctima.

La violencia contra la mujer en el caso incluyó violencia sexual de varios tipos. Esta violencia “no se limitó a violación sexual, sino que las mujeres fueron sometidas a una gama más amplia de violencia sexual que incluyó actos que no envolvían penetración o [...] contacto físico”. Por lo menos en un caso hay evidencia de que una sobreviviente de la masacre de Castro Castro fue violada sexualmente en el Hospital de Policía, y existen alegaciones de violación sexual con las “puntas de las bayonetas” con respecto a la prisionera “extrajudicialmente asesinada Julia Marlene Peña Olivos”⁵⁷.

55 Ibidem, párr. 260-b.

56 Ibidem, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

57 Ibidem, párr. 290-X.

Sin embargo, en este fallo no se aplicó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pues dificulta aún más su aplicación que no todos los Estados parte en la CADH lo sean siempre de ésta. No obstante, es igualmente cierto, como lo ha expresado la Corte IDH⁵⁸, que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, prohibición absoluta que pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Esta regla, si se aplica en *strictu sensu*, debe servir para iluminar los pronunciamientos de la Corte IDH con relación a los instrumentos del Sistema.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los crímenes internacionales

Como punto de partida valga precisar que el TEDH^{59/60} es fruto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)⁶¹, abierto a la firma el 4 de noviembre de 1950 en Roma, y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. De él únicamente pueden ser parte

58 *Ibidem*, párr. 271.

59 García de Enterría, Eduardo, et al., *El Sistema Europeo de Derechos Humanos...* pág. 145.

60 Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “El Sistema Europeo de protección Internacional de Derechos Humanos”, en: *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La protección internacional de los derechos humanos. normas y procedimientos*, Año 1, No. 2, enero-abril de 1986, pág. 131. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1740/11.pdf>>, a octubre de 2014.

61 Morte G., Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 17.

los Estados miembros del Consejo de Europa⁶². Los derechos reconocidos en dicho Convenio, como describe Salcedo⁶³, se configuran como un mínimo, ya que, de conformidad con su artículo 60, ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte o en cualquier otro tratado de derechos humanos en el que éste fuese igualmente parte.

Esta iniciativa tiene como valor agregado, el hecho que el CEDH nace dentro del primer sistema de protección de derechos humanos a nivel regional, lo cual le atribuye el ser pionero en la materia. Además, juega un papel protagónico para la firma del referido Convenio, como requisito *sine qua non*, la exigencia política⁶⁴ para la admisión de un Estado como miembro del Consejo de Europa, lo cual es menester resaltar, dado que por los efectos de la Segunda Guerra Mundial en Europa, el TEDH ha tenido que desarrollar un hilo argumentativo fuerte en busca de aplicar justicia en casos que han tenido raíces en el hecho bélico que más ha marcado la historia de la humanidad, por lo acaecido en la época del Holocausto Nazi⁶⁵. Es por ello que a partir del 2000, el TEDH también se ha referido a un actuar armónico – en lo que ha crímenes internacionales se trate – del

62 García, Ricardo A., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, primera edición. Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 125-126.

63 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos adicionales”, en: Bardonnnet, D., y Antonio A. Cançado Trindade (editores), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, primera edición. IIDH, San José de Costa Rica, 1996, pág. 100.

64 *Ibidem*, pág. 98.

65 Finkelstein, Norman G., *La Industria del Holocausto. Reflexiones sobre la explotación del sufrimiento judío*, segunda edición. Siglo XIX de España Editores, Madrid, mayo de 2002, págs. 7-8.

sistema de responsabilidad penal, que se ha venido desarrollando con posterioridad a los juicios de Núremberg por crímenes bajo el Derecho Internacional. Estos casos han sido estudiados en la estricta consideración de crímenes guerra, crímenes de lesa humanidad y de genocidio.

Así, se han analizado cuestiones relativas a personas que cometieron crímenes precisamente durante la Segunda Guerra Mundial⁶⁶, verbigracia, el caso Papon v. Francia (1998), por la colaboración del régimen francés con el III Reich; Kolk y Kislyiy v. Estonia (2006), en el marcado conflicto por la ocupación soviética; los casos Streletz, Kessler y Krenz y K.-H.W. v. Alemania, por las llamadas “ejecuciones del muro de Berlín”, y el asunto Korbely contra Hungría (2008).

a. Caso Papon contra Francia y asunto Korbely contra Hungría

El caso Papon contra Francia⁶⁷ llega al TEDH en razón de que Maurice Papon, ex Jefe de Policía en Francia, fue acusado de crímenes de lesa humanidad en 1983, pues al terminar la Segunda Guerra Mundial se iniciarían varios procesos contra funcionarios de este país, que en el marco de la colaboración del régimen francés con el III Reich, habían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Inicialmente, los procesos y las acusaciones se fundaron en los delitos de colaboración con el enemigo y traición tipificados en el Código Penal de 1939 y en una ordenanza del 28 de agosto de 1944 – antes de la adopción del Estatuto del Tribunal

66 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales...* págs. 30-31.

67 TEDH, *Caso Papon contra Francia*, demanda 54210/00.

de Núremberg –, que otorgaban competencia a los tribunales militares para reprimir los delitos cometidos con ocasión de la guerra y que no constituían actos justificados bajo las leyes y costumbres de la guerra⁶⁸.

La base jurídica está en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad (1968) – nótese que esta herramienta también fue valorada por la Corte IDH en los casos que por la gravedad de los hechos, fueron estimados como crímenes bajo el Derecho Internacional. Similar ideología ha seguido la CPI, pues el Estatuto de Roma reafirma en su artículo 29 que “los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán”.

Todo este hilo conductor viene dado, como ya se ha enunciado, porque los crímenes contra la humanidad y el *corpus iuris* que lo irradia forman parte de las normas de *ius cogens* y, por tanto, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad lo retoma, según está consagrado en su artículo 1. Esta es la razón por la que se abre juicio a Papon, procedimiento que duró aproximadamente diecisiete años.

Su juicio comenzó a finales de 1996, pero sólo hasta el 2 de abril de 1998 el penal de Gironde declaró culpable a Maurice Papon, a diez años de inhabilitación para ejercer sus derechos civiles, cívicos y de familia, y a diez años de prisión por complicidad en los arrestos y detención ilegal de judíos en el período comprendido de 1942 a 1944, en sus traslados a campos de concentración nazi en Auschwitz, crímenes que han sido considerados históricamente como crímenes lesa humanidad en el contexto de la Segunda Guerra Mundial por la política de

68 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales...* pág. 55.

exterminio Alemán⁶⁹, en lo que se denominó *Aktion Reinhard*, la Solución Final.

En sentencia de 21 de octubre de 1999, tras una audiencia pública, los abogados del demandante alegaron a la Sala Penal de la Corte Suprema, que lo habían despojado de su derecho de defensa por la negación a su recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Penal del 2 de abril de 1998, sobre la base del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal⁷⁰ francés. Este artículo fue derogado en el 2000 por la ley sobre “el fortalecimiento de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas”. Pero el 20 de diciembre de 2000, la Corte Suprema rechazó los recursos.

Por ello, Papon veía dicha negación como un obstáculo por lo consagrado en el artículo 6.1 del CEDH, que dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] dentro de un plazo razonable, por un Tribunal [...] que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella⁷¹.

Así llega el caso en el 2000 ante el TEDH, con la manifestación de que la combinación de su avanzada edad con su estado salud⁷² hacía su detención contraria al artículo 3 del CEDH. Esta solicitud fue elaborada con la intención de ser estudiada con elevado grado de urgencia, en virtud del artículo 41 del Reglamento del Tribunal Europeo.

69 Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*, Carlos Ribalta, traductor. Editorial Lumen, S. A., Barcelona, 2003, pág. 4.

70 TEDH, *Caso Papon contra Francia...* párr. 79.

71 *Ibidem*, párr. 84.

72 Véase también, *Consulta Sawoniuk contra Reino Unido*, decisión de inadmisibilidad de 29 de mayo 2001, sección tercera, y *E. Priebke contra Italia*, decisión de inadmisibilidad parcial del 5 de abril de 2001, la sección segunda.

Este caso constituyó un hito, pues por primera vez el TEDH señala que realmente la “la edad no fue sostenida como un obstáculo por los Estados miembros del Consejo de Europa como un criterio para la custodia o detención después de una condena”⁷³. Sin embargo, en lo que a la custodia del artículo 6.1 se refiere, el TEDH reitera su jurisprudencia – en especial la sentencia *Khalifaoui contra Francia*, de 14 de diciembre de 1999 –, según la cual, teniendo en cuenta la importancia que reviste el control que ejerce el Tribunal de Casación en el ámbito penal y el alcance de este control cuando el interesado ha sido condenado a una severa pena privativa de la libertad, la privación del recurso es una sanción especialmente severa con relación al derecho de acceso a los tribunales que garantiza el art. 6. Además, recuerda que la presunción de inocencia, junto con el efecto suspensivo del recurso, se opone a la obligación de un acusado en libertad de entregarse a la justicia, sea cual fuere la duración de su encarcelamiento⁷⁴. Por tanto, la gravedad de los hechos cometidos por el demandado no lo privaba de las garantías previstas en el CEDH.

Por lo demás, el TEDH reconoció que no se infringió el artículo 2 del Protocolo No. 7, pues el sistema francés en principio es compatible con lo consagrado en el Convenio. El TEDH ha reconocido, casi simultáneamente a la Corte IDH, la validez de la persecución *ex post facto* y consecuente, la condena impuesta a los responsables de crímenes contra la humanidad, en virtud de la imprescriptibilidad de dichos crímenes e independientemente de si para la fecha de la comisión del hecho éste se hallaba tipificado como tal en el ordenamiento jurídico interno del Estado donde fue llevado a cabo, reconociendo su vigencia consuetudinaria⁷⁵.

73 TEDH, *Caso Papon contra Francia*, No. 54210/00, 25 de julio de 2002, párr. 53.

74 TEDH, *Jurisprudencia 1988-2002*, Isabel M. Abellán, Dirección, 2054-2055, Tomo 2, departamento de estudios, 2003.

75 Sánchez, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”... pág. 24.

En lo que respecta a los crímenes contra la humanidad, el Derecho Internacional prohíbe claramente la imposición de limitaciones temporales a la investigación de tales conductas y el enjuiciamiento de sus responsables. El principio de que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles ha sido confirmado por instrumentos y tratados internacionales, tribunales nacionales e internacionales⁷⁶, así como por el Estatuto de Roma. Cabe citar la decisión del TEDH en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*⁷⁷ en la que concluyó que:

[...] el artículo 7.2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es cierto respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg.

En la misma línea, en el caso *Korbely contra Hungría*⁷⁸ en una sentencia bastante reciente, el demandante alegaba haber sido condenado por un acto que no constituía un crimen en el momento en que fue cometido. Además sostenía, en términos bastante generales, que el procedimiento del que había sido

76 TEDH, *Caso Papon contra Francia*, No. 54210/00, 15 noviembre de 2001, y también el *Caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Sección Cuarta, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006.

77 Amnistía Internacional-España, *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*. AI-España, Madrid, noviembre de 2008, pág. 21.

78 TEDH, *Asunto Korbely contra Hungría*, demanda 9174/02, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2008.

objeto había sido injusto y de una duración excesiva, por lo que invocó los artículos 6 y 7 del CEDH relativos, respectivamente, al derecho de un proceso equitativo y al principio de legalidad, sobre la base de que no hay pena sin ley. Por ello, el análisis del TEDH se centra en determinar si dichos derechos fueron respetados en este caso.

En cuanto al artículo 7, el TEDH verificó si era previsible que el acto por el que el demandante fue condenado, fuera calificado de crimen contra la humanidad. A este respecto, señaló que:

El interesado fue reconocido culpable de un homicidio múltiple constitutivo de un crimen contra la humanidad y condenado a una pena de prisión de cinco años (párrafos 37, 38, 45 y 75). Para dictar este pronunciamiento, los tribunales internos se fundaron, esencialmente, en el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra, cuyas disposiciones, según el Tribunal Constitucional Húngaro, califican los comportamientos a los que se refieren, de “crímenes contra la humanidad”. Para las jurisdicciones húngaras, semejantes comportamientos, son “punibles independientemente de la cuestión de saber si se han cometido en violación del derecho interno”, razón por la que consideraron, que importaba poco que las Convenciones de Ginebra hubieran sido regularmente incorporadas al ordenamiento jurídico húngaro o que las autoridades húngaras hubieran llevado a cabo su obligación de ponerlas en marcha antes del 23 de octubre de 1956, ya que la responsabilidad de los autores de estos crímenes, resultaba comprometida, de todos modos, a la luz del derecho internacional (párrafo 18). Dedujeron, que la infracción litigiosa era imprescriptible⁷⁹.

79 *Ibidem*, párr. 43.

El TEDH es consciente de que entre sus atribuciones no se encuentra la de pronunciarse mediante un argumento de autoridad sobre el significado de la noción de “crimen contra la humanidad”, tal y como era concebida en 1956. Sin embargo, averigua si la condena del demandante por esta infracción reposaba sobre una base suficientemente clara⁸⁰. También pone de relieve que las jurisdicciones internas se limitaron a investigar si Kaszás y János Senkár eran beneficiarios de la protección acordada por el artículo 3 común, y no verificaron si el homicidio del que habían sido víctimas cumplía otras condiciones, sin las cuales no podía ser calificado como crimen contra la humanidad, omitiendo, especialmente, el examen de si se inscribía en el marco de un ataque masivo y sistemático contra la población civil⁸¹. En estas condiciones, el TEDH estimó que en el presente asunto, no se habían reunido los elementos constitutivos de un crimen contra la humanidad. Por lo que consideró que se había producido una violación del artículo 7 y 6 del CEDH.

b. El caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania y el caso Kolk y Kislyiy contra Estonia

En el supuesto del caso contra Alemania⁸², se hace referencia al juzgamiento y condena de Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krenz⁸³, quienes fueron condenados a cinco años y seis meses, siete años y seis meses, y seis años y seis meses de prisión,

80 Ibidem, párr. 45. Ver, *mutatis mutandis*, *Behrami y Behrami c. Francia*, demanda 71412/01, y *Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, demanda 78166/01 (asuntos unidos), párr. 122, TEDH, 2007.

81 Ibidem, párr. 51.

82 TEDH, *Caso Streletz, Kessler And Krenz contra Alemania*, 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 22 de marzo de 2001.

83 TEDH, *Jurisprudencia 1988-2002...*

respectivamente, por ser considerados autores intelectuales de homicidios voluntarios, por la muerte de varios ciudadanos de la República Democrática de Alemania (RDA) que intentaron huir hacia la República Federal de Alemania (RFA), hechos conocidos como “las ejecuciones del muro de Berlín”⁸⁴.

Para la época en que ocurrieron los hechos, la legislación interna de la RDA autorizaba el uso de la fuerza letal para impedir la fuga hacia territorio de la RFA. Así, fueron instalados sistemas de disparos automáticos y minas antipersonales. Además, los guardias que custodiaban las fronteras recibían órdenes de disparar contra los fugitivos⁸⁵ que intentaran cruzarlo. Es por ello que son considerados responsables de la muerte de personas desde principio de los años sesenta hasta la caída del muro de Berlín.

La respuesta al caso Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krenz contra Alemania tiene las mismas bases que el caso Kolk y Kislyiy contra Estonia⁸⁶, que se fundamenta en una condena por crímenes contra la humanidad impuesta por los tribunales de dicho país por hechos cometidos en 1979. Para la fecha de ocurrido los hechos, Estonia estaba bajo la soberanía de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y era aplicable en el territorio estonio el Código Criminal de 1946 de la República Socialista Federal Rusa, el cual no incluía crímenes de lesa humanidad en el catálogo de delitos⁸⁷.

84 Andreu Guzmán, Federico, *Retroactividad penal de crímenes internacionales...* pág. 29.

85 *Ibidem*, pág. 29.

86 Sánchez, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”... pág. 24.

87 *Ibidem*, pág. 32.

El tribunal estonio aplicó el Código Penal de Estonia de 1992, con su reforma de 1994 sobre crímenes de lesa humanidad, e invocó igualmente el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa Humanidad⁸⁸. Llegó a la conclusión que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del Derecho Internacional. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto, y como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Así mismo, tal y como el TEDH ha expresado, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión.

Dada la condición de crimen de Derecho Internacional que tanto la desaparición forzada y el crimen contra la humanidad ostentan, así como la jerarquía de *jus cogens* que tiene la prohibición de tales conductas, no hay otra posibilidad que la de considerar que no hay plazo de prescripción a la obligación de investigar y juzgar a las personas responsables de estos delitos⁸⁹. El TEDH concluye, en todo caso, que no se puede invocar el principio de no hay pena sin ley (art 7.1) y que tampoco hubo discriminación contraria al art. 14 del CEDH. Pero a diferencia del caso *Streletz, Kessler y Krenz* contra Alemania, en el asunto

88 *Ibidem*, pág. 32.

89 Las violaciones graves de derechos humanos que constituyan crímenes en virtud del Derecho Internacional no prescriben. Ver: Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41, y artículo IV de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.

Kolk y Kislyiy, el TEDH sí emitió consideraciones acerca de la vigencia de los crímenes contra la humanidad como normas de Derecho Internacional consuetudinario y sobre las características propias de su naturaleza⁹⁰. De esta manera, confirmó⁹¹ que dado que los crímenes contra la humanidad estaban también previstos por el Código Penal estonio, que sustituyó el antiguo Código Criminal a partir del 1 de septiembre de 2002, los cargos contra los demandantes habían sido correctamente formulados bajo el artículo 61-1 del Código Criminal.

Valoraciones finales

Todo lo expresado es muestra clara de que hoy en día, el discurso que gira en torno a los derechos humanos y al Derecho Penal Internacional⁹² van de la mano. Están estrechamente ligados pues este último, nace, en principio, para evitar la impunidad cuando se violentan gravemente derechos de titularidad universal, surgiendo así una especie de colaboración armónica en estas dos áreas del Derecho.

Es fácil evidenciar esta relación cuando los órganos de los sistemas de protección estudiados – americano y europeo –, armonizan el *corpus iuris* internacional referente a crímenes internacionales por graves violaciones a derechos humanos para iluminar sus pronunciamientos, acorde con el objeto y fin de los tratados con los cuales los Estados habían contraído las

90 Sánchez, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”... pág. 24.

91 TEDH, Sección Cuarta, decisión sobre admisibilidad relativa a demanda No. 23052/04 interpuesta por August KOLK; Demanda No. 24018/04 interpuesta por Petr KISLYIY contra Estonia.

92 Werle, G. Tratado de derecho penal internacional. Valencia: TIRANT LO BLANCH. 2005. p. 79.

referidas obligaciones internacionales, hilo argumentativo que, puede concluirse, tuvo como base las normas de *ius cogens*.

El análisis establecido por las altas cortes se identifica con lo que se desprende del preámbulo del Estatuto de Roma, pues el consenso global es que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, no deben quedar sin castigo, no sólo para poner fin a la impunidad de sus autores y para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, sino también para contribuir con la prevención de nuevas violaciones, defendiendo los interés de las generaciones presentes y futuras.

Por ello, la imprescriptibilidad de los crímenes ha sido reconocida en el ámbito internacional como un principio rector que busca luchar contra la impunidad, protegiendo bienes jurídicos de singular importancia, esto es, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, que no sólo son fines de la comunidad internacional, sino el centro mismo del Derecho Penal Internacional⁹³. Éste tiene como gran reto ir también en armonía con los tratados universales sobre los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la Ilustración⁹⁴.

Sin embargo, aunque el Derecho Penal Internacional se ocupe de los delitos más graves, el correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, lo cual terminaría en la erosión de su legitimidad y de los tribunales que lo aplican⁹⁵, pues su ideario

93 *Ibíd.* p. 80.

94 *Ibíd.* p. 28.

95 *Ibíd.* p. 28.

ante crímenes graves de trascendencia internacional debe ser el de coadyuvar indistintamente en la efectiva salvaguardia de los individuos, al complementar y asegurar los demás instrumentos de protección de los derechos humanos⁹⁶. Indudablemente, las violaciones graves de derechos humanos aún continúan, pero es igualmente cierto que las formas de combatirlas son más rápidas y concluyentes que en el pasado.

Algo que no puede dejar de ser valorado aquí es el hecho de que todos estos fallos y argumentaciones fueron en su momento debates jurídicos fuertes, que llevaron a plantear la necesidad de lograr un consenso sobre un tratado que realmente unificara en materia de crímenes internacionales por graves violaciones a derechos humanos. La experiencia de Núremberg, Tokio, Ruanda y la ex Yugoslavia no había podido ser codificada en un texto que fuese aceptable para todos los Estados y que reflejase las condiciones mínimas necesarias para el cabal funcionamiento de lo que dio como resultado el documento final del Estatuto de Roma, que muchos autores han considerado como perfectible y hasta un poco débil⁹⁷.

Por ello, las aportaciones de los órganos de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos aquí referenciados, válidamente pueden llegar a nutrir también los diversos pronunciamientos a los que se puede ver enfrentada la CPI en un futuro, ya que su jurisprudencia está apenas en construcción. Desde que empezó a funcionar hace 11 años sólo un caso ha sido fallado, línea que deja el legado de que las amnistías, los indultos y otras medidas similares, son incompatibles con las obligaciones de

96 Werle, G. Op cit. p. 100.

97 Betancourt, Milagros. *La Conferencia de Revisión del Estatuto De Roma*. En *Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional*. Olásolo, Héctor. Cuenca Curbelo, Alonso Salvador (Coord). Volumen I, 2011, Tirant lo Blanch Valencia, 2012 p. 356.

investigar y garantizar el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo y a ser oída por un tribunal independiente, pretensión que busca que los autores de violaciones de los derechos humanos sean juzgados y sancionados en una correcta aplicación de justicia.

La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Paola Pelletier Quiñones**

El presente escrito tiene como finalidad fundamental proponer el establecimiento del concepto de “**discriminación estructural**” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte). Existen situaciones reflejadas en casos conocidos por este tribunal internacional, con características y contextos que permiten la definición del concepto y establecer estándares sobre el mismo para un próximo caso.

La propuesta es una reinterpretación del principio de **igualdad ante la ley** contenido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención), en virtud del artículo 29 literal b) de la misma, que encierra el principio de la **interpretación evolutiva de la Convención**. En este sentido, la Corte ha señalado que la Convención “[es un] instrument[o]

* Abogada dominicana, especialista en Derechos Humanos y litigios. Graduada *Summa Cum Laude* de Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Maestría (LLM) International Legal Studies de American University, Washington College of Law (WCL) (becaria Fulbright). Ex coordinadora Clínica de Derechos Humanos de Universidad Iberoamericana (UNIBE). Docente de Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Método de Investigación en PUCMM. Investigadora sobre Discriminación de la Mujer en el Derecho Islámico en la Biblioteca de Alejandría, Egipto. Ha trabajado con ONGs y organismos internacionales en procesos de incidencia sobre el Derecho a la Nacionalidad y Migración. Ha colaborado en casos y ha presentado *Amicus Curiae* ante la CortelDH, donde fue pasante y ha publicado escritos sobre su jurisprudencia. Ha participado en procesos de incidencia ante la ComisiónIDH.

viv[o] cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”¹.

Resulta interesante cómo el concepto de “discriminación”, ampliamente discutido por la Corte en casos anteriores², presenta ahora nuevos matices. Nos referimos a patrones y contextos de violaciones de derechos humanos en perjuicio de grupos³ vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente o contextualmente marginados, excluidos o discriminados sin justificación legal alguna. Estos grupos pueden ser indígenas, mujeres, discapacitados, LGTBI, migrantes, adultos mayores, incluyendo personas de escasos recursos económicos o indigentes⁴.

-
- 1 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva del 30 de octubre de 1999, OC-16/99, párr. 114; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica*, (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 245.
 - 2 “[L]a obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana y por tanto, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión; en cambio, si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 209; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica...* párr. 286.
 - 3 “El grupo tiene una existencia distinta a la de sus miembros, tiene una identidad propia [...] la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican”. Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Edit. Gedisa, Universidad de Palermo y Yale Law School, Barcelona, 1999, pág. 138.
 - 4 La falta de recursos económicos del individuo limita el derecho al acceso a la justicia. Si una persona “no dispone de los recursos para costear asistencia legal o pagar los costos del proceso, esa persona es discriminada”. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva de 10 de agosto de 1990, OC-11/90, párr. 22.

La discriminación estructural o “desigualdad estructural” incorpora “datos históricos y sociales” que explican desigualdades de derecho (*de jure*) o de hecho (*de facto*), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”⁵. La discriminación estructural puede presentarse en una zona geográfica determinada, en todo el Estado o en la región.

En otras palabras, los grupos contextualmente o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual “disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo”⁶.

En estas situaciones de mayor complejidad, preocupa la carga de la prueba sobre quienes alegan la existencia de “discriminación estructural” en torno a un caso. La misma Corte cuenta con elementos para evaluar la situación, tales como como el peritaje, informes internacionales o bien sentencias o resoluciones dictadas en casos anteriores contra el mismo Estado, que presentan el mismo contexto. Víctor Abramovich señala que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra en una etapa de evolución del concepto de discriminación clásico a una “noción de igualdad sustantiva”, dirigida a la protección de grupos vulnerables que atraviesan procesos históricos de discriminación:

5 Alegre, M. y R.Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2007, págs. 166 y 167.

6 Gimenez Gluk, D. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Edit. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 232-235.

[...] se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que [...] se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, **la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación**. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social, para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección⁷. [El subrayado es de la autora.]

En apoyo a la tesis de Abramovich, a continuación analizaremos casos relevantes de la Corte que crean las condiciones para extender el concepto de discriminación en sus próximas sentencias.

En el 2009, en el caso González y otras (“Campo algodonero”) v. México, se determinó una discriminación en razón del género en violación al artículo 1.1 de la Convención, con relación a los artículos 2, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 19, 8.1 y 25.1 de la misma, y artículos 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Se comprobó un patrón sistemático de violencia, asesinato y discriminación contra un

7 Abramovich, V., “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. V. 6 No. 11, *Revista SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf>>, a octubre de 2014.

alto número de mujeres y **niñas** en Ciudad Juárez, debido a estereotipos y fenómenos sociales y culturales⁸.

La discriminación estructural en asuntos de género ha sido definida como el[...] conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres⁹.

Si bien en el caso “Campo Algodonero” no se analiza bajo el concepto y estándares de una “discriminación estructural”, la Corte indica expresamente en la sección de reparaciones de la sentencia, que las mismas serían ordenadas “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos [...] y que fue reconocida por el Estado”¹⁰. El caso presenta las características propias de una situación de “discriminación estructural”. Existe un grupo vulnerable: mujeres marginadas, una historia de discriminación en razón del sexo por diversos factores, incluyendo prejuicios sociales y culturales; los asesinatos han sido perpetrados de forma sistemática y masiva contra las mujeres y niñas por varios años, en un gran número, y en un lugar determinado.

Posteriormente, en el 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) argumentó a la Corte la

8 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodón”) v. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 109-462.

9 Facia, A. y L. Fries (comp.), “Introducción: conceptos básicos sobre feminismo y derecho”, en: *Género y Derecho*. Corporación La Morada, Santiago de Chile, 1999. Citado por Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, *El principio de no discriminación en la ética judicial*, 2 Boletín Género y Justicia, 2009.

10 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodón”) v. México...* párr. 450.

existencia de una “discriminación estructural” en el contexto de pueblos indígenas en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. La Corte acogió este argumento sólo como “discriminación”, declarando la violación del artículo 1.1 de la Convención con relación a los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 de la misma. Al respecto, señaló la existencia de una “política discriminatoria y racial” contra los indígenas que continua en la actualidad, y comprobó **patrones discriminatorios de jure y de facto** en el acceso a instituciones públicas, así como patrones discriminatorios en las condiciones económicas, sociales y culturales en que se encuentran desde años¹¹.

Anteriormente, la Corte había decidido casos contra Paraguay sobre pueblos indígenas, pero no se había detenido a analizar la situación de discriminación. En el caso Yakye Axa v. Paraguay, la Corte había realizado “una precisión” sobre la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención ante la condición de grupos vulnerables con características propias; en el mismo sentido, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay reconoció su condición de grupo vulnerable discriminado en cuanto al acceso a documentos de identidad y por tanto, al reconocimiento a la personalidad jurídica¹².

11 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, párrs. 265-275.

12 “Hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 51. “[E]l Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”. Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189.

En estos casos contra el Estado de Paraguay, así como de otros de pueblos indígenas conocidos por el mismo tribunal internacional, se reúnen las características de una “discriminación estructural”. En las sentencias se ha determinado la marginación y discriminación contra pueblos indígenas por razones históricas, étnicas, raciales, socioeconómicas y culturales. Es decir, que la discriminación *de facto* o *de jure* ha afectado siempre al mismo grupo minoritario de personas vulnerables de forma sistemática, generalizada y masiva. Esta discriminación se enfatiza, entre otros, en la lucha por sus tierras y obstáculos para el acceso a justicia, en las condiciones económicas y sociales deplorables de las comunidades, y en la pérdida de la herencia histórica cultural.

En el 2012, la Corte tuvo un acercamiento al concepto de “discriminación estructural” en ocasión dos sentencias que establecen precedentes jurisprudenciales. En el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, se determinó la discriminación por orientación sexual en violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Si bien los hechos de este caso no permitirían el desarrollo del concepto, la Corte indicó la existencia de una discriminación histórica contra grupos LGTBI no sólo en Chile sino también en la región, pertenecientes a grupos vulnerables y minoritarios¹³.

Consideramos que en el caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, la Corte tuvo la oportunidad de desarrollar el concepto de “discriminación estructural”, esta vez en ocasión de las migraciones, y no lo hizo. Sin embargo,

13 “[L]a Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 92 y 267.

precisó que la carga de la prueba la tiene el Estado, dada la dificultad de probar el “perjuicio racial”, y que las políticas y prácticas discriminatorias *de facto* o *de jure* pueden ser intencionales o no (discriminación indirecta)¹⁴. Recordemos que el Estado dominicano ha tenido antecedentes ante este tribunal internacional, de expulsiones masivas, apatridia y discriminación a haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, desde antes del 2000 en las medidas provisionales de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, y en el 2005 con el caso Niñas Yean y Bosico¹⁵.

En estos casos se evidencia un contexto de “discriminación estructural” hacia un mismo grupo minoritario de personas vulnerables de forma masiva, sistemática y generalizada: las

14 La Corte ha expresado que existen normas, medidas o prácticas que a pesar de no tener una intención manifiesta o teniendo un carácter neutro, en su aplicación son discriminatorias afectando grupos vulnerables en particular, a lo cual ha ceptualizado como “discriminación indirecta”, por primera vez establecido en el 2012 en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, refiriéndose al “impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”. Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs. 40, 228, 228-238. Y, posteriormente, en mismo año 2012 el mismo concepto consta en el *Caso Artavia Murillo y Otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica*, cuando señala que “[e]s posible que quien haya establecido [la] norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba”. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párr. 286.

15 Corte IDH, *Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, medidas provisionales, 18 de agosto de 2000; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

y los migrantes haitianos y sus descendientes nacidos en la República Dominicana, indocumentados o no, quienes han sido históricamente discriminados en razón del grupo étnico, raza y nacionalidad, y por su situación económica, social y cultural. Viven en condiciones de extrema pobreza y marginalización.

Si bien la Corte indicó expresamente en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana* que no “era necesario” pronunciarse sobre “discriminación estructural”, la sentencia reconoció una discriminación *de facto* en violación al artículo 1.1 de la Convención. La misma en ocasiones se refiere a un “contexto de discriminación” o “discriminación” contra migrantes haitianos y contiene elementos que permiten avanzar la jurisprudencia del tribunal en una próxima decisión¹⁶.

Recientemente la Corte dictó Sentencia sobre el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana* (antes presentado por la Comisión como “Benito Tide Méndez y otros”¹⁷), el cual era una oportunidad para desarrollar el nuevo concepto. Se refiere a la misma problemática de Derecho a la Nacionalidad planteada en *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, y deportaciones colectivas de migrantes sin debido proceso reconocida en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*. En este caso las deportaciones colectivas fueron tanto a dominicanos como de haitianos sin garantías de debido proceso, y por primera vez la Corte establece que en el país existe un contexto de discriminación,

16 Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana...* párrs. 40 y 228; 91, 99, 103, 109, 177, 178, 230, 232 y 238.

17 Comisión IDH, *Benito Tide Méndez y otros respecto de la República Dominicana*, Informe de 12 de julio de 2012, Caso 12.271.

incluyendo discriminación racial respecto a migrantes haitianos y sus descendientes en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

El análisis de la Corte sobre el contexto de discriminación revela las características de una “discriminación estructural” a grupos vulnerables históricamente discriminados; en efecto, la Corte constató la existencia de un contexto de “prácticas” o “patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos” *de jure y de facto* en el examen de las condiciones socio-económicas en que viven los migrantes y sus descendientes en el país, la reiterada negación el derecho a la nacionalidad a los descendientes de haitianos nacidos en territorio dominicano y las expulsiones colectivas; esto, en base al acervo probatorio, antecedentes históricos y procesos anteriormente conocidos por ante la Corte respecto de República Dominicana¹⁸.

Haciendo referencia a un reporte del Comité de Discriminación Racial de 2013 la Corte se refiere al concepto de “racismo estructural y generalizado de la sociedad dominicana” [...] basada en el color de piel y en el origen nacional”. Sin embargo, la Corte sigue la tendencia del concepto de “discriminación indirecta” al cual nos referimos anteriormente desarrollado por primera vez en el caso Nadege Dorzema; mientras que tanto la Comisión como el Estado se refieren al concepto de discriminación estructural en su argumentación pero sin enfatizar su alcance o significado¹⁹.

Hemos analizado anteriormente casos puntuales fallados por la Corte en los últimos cuatro años, relacionados a temas de

18 Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párrs. 153-169.

19 Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párrs. 153-169.

discriminación de género, indígenas, grupos LGTBI y migrantes y sus descendientes. Por lo que, partiendo del estado actual de la jurisprudencia de este tribunal internacional, las características comunes en los casos analizados anteriormente y siguiendo las corrientes de la doctrina en la materia, podemos extraer un concepto y estándares de “discriminación estructural”. El *test* sería el siguiente:

- a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría.
- b) Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable.
- c) Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural.
- d) Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región.
- e) Que la política, medida o norma *de jure* o *de facto* sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional.

Definitivamente, el estado actual de la evolución jurisprudencial de la Corte contiene elementos y se encuentra en condiciones para elaborar un concepto de “discriminación estructural”, de manera que se puedan establecer estándares. Por lo que se continuaría avanzando con otros casos que reúnan las condiciones y otros grupos vulnerables hacia lo que señala Abramovich, de una noción de “discriminación” clásica a una noción de “discriminación” dirigida a la protección de grupos vulnerables tradicionalmente excluidos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2014)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Carlos Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Eduardo Bertoni
Carlos Bosombrio
Antônio A. Cançado Trindade
Santiago Cantón
Douglass Cassel
Suzana Cavenaghi
Ariel Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Carlos Portales
Víctor Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Wendy Singh
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leão

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tracy Robinson
Rose-Marie Belle Antoine
Felipe González
José de Jesús Orozco Henríquez
Rosa María Ortiz
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Humberto Antonio Sierra Porto
Roberto F. Caldas
Manuel E. Ventura Robles
Diego García-Sayán
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi
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