

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

ATOS DE GENOCÍDIO E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:
REFLEXÕES SOBRE A COMPLEMENTARIDADE DA
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO E DO ESTADO
Antônio Augusto Cançado Trindade

EL NUEVO DESPERTAR DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS. CAUSAS, RETOS Y OPORTUNIDADES EN EL LITIGIO
María Cielo Linares

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS ÀS CAUSAS CÍVEIS
Vitor Fonsêca

JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.
DESPUÉS DE LAGOS DEL CAMPO ¿QUÉ SIGUE?
Marcela Cecilia Rivera Basulto

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Pamela Juliana Aguirre Castro

A PROGRESSIVA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
DAS MULHERES NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
Ricardo Guerra Vasconcelos
Júlia Fonseca Maia

PANORAMA EN MÉXICO CON RESPECTO A LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Alfonso Carrillo González

A REPERCUSSÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL
Felipe Otávio Moraes Alves
Micaela Amorim Ferreira

REFLEXIONES SOBRE EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Pablo González Domínguez

67

Enero - Junio 2018

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

67

REVISTA IIDH

Enero - Junio 2018



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

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: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Editorial Impresos Aguilar

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.

Atos de genocídio e crimes contra a humanidade:
reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade
internacional do indivíduo e do Estado..... 13
Antônio Augusto Cançado Trindade

El nuevo despertar del sistema interamericano de derechos
humanos. Causas, retos y oportunidades en el litigio..... 51
María Cielo Linares

Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21
de la Convención Americana de Derechos Humanos 85
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A aplicação do artigo 8º da Convenção Americana
sobre Direitos Humanos às causas cíveis..... 111
Vitor Fonsêca

Justiciabilidad directa de los derechos económicos,
sociales, culturales y ambientales.
Después de Lagos del Campo ¿qué sigue? 131
Marcela Cecilia Rivera Basulto

Los derechos económicos, sociales y culturales
a la luz de la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos 155
Pamela Juliana Aguirre Castro

A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	203
<i>Ricardo Guerra Vasconcelos</i>	
<i>Júlia Fonseca Maia</i>	
Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	231
<i>Alfonso Carrillo González</i>	
A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil	255
<i>Felipe Otávio Moraes Alves</i>	
<i>Micaela Amorim Ferreira</i>	
Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad.....	283
<i>Pablo González Domínguez</i>	

Presentación

Con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, se inició una nueva era en la protección de la persona humana en el hemisferio. Su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978, trajo consigo la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) –uno de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el SIDH)– con facultades supranacionales para conocer casos de violaciones a este tratado por los Estados parte que, por tal razón, hubiesen incurrido en responsabilidad internacional y previamente aceptaran someterse a su jurisdicción.

En 1987, la Corte IDH conoció su primer caso: Velásquez Rodríguez contra Honduras. A partir de entonces, ha emitido un total de 354 sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas o interpretación de sus fallos; a este vasto acervo jurisprudencial se suman 25 opiniones consultivas en los más diversos asuntos. Con su labor interpretativa de la CADH, la Corte IDH ha ampliado el impacto del tratado interamericano de manera tal que –cuarenta años después de su entrada en vigor– los derechos humanos se han convertido en un “idioma universal” y una nueva ética que coloca a las personas en el centro de las actuaciones, tanto del Estado y sus instituciones como de la diversidad de actores que intervienen en la escena política de nuestros países. Ese es el horizonte a alcanzar en este terreno puesto que –pese a los avances que se observan a

lo largo de las cuatro décadas transcurridas– persisten riesgos, problemáticas y retrocesos en la protección de las poblaciones discriminadas, excluidas y vulnerabilizadas en la región así como en la realización de su dignidad y sus derechos.

El presente número de la Revista IIDH –publicada ininterrumpidamente desde 1985– es monográfico y está dedicado al 40° aniversario de la entrada en vigor de la CADH y la instalación de la Corte IDH, lo que constituye un doble motivo de conmemoración. En esta edición se incluyen diez artículos en los cuales se reflexiona y analizan la evolución, la interpretación y la aplicación de dicho tratado, cuyas reseñas se ofrecen a continuación.

María Cielo Linares, en *El nuevo despertar del sistema interamericano. Causas y efectos*, expone las razones intrínsecas y extrínsecas que –a su juicio– han incidido en la labor de los órganos del SIDH. Además, se refiere a la tecnificación y los altos estándares de profesionalización de la labor de los diferentes actores del mismo que han conducido a desarrollos jurisprudenciales notables, como el relacionado con el artículo 26 de la CADH en el caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú, del 23 de noviembre de 2017.

Alejandro Díaz Pérez y Daniela Aguirre Luna, autores del trabajo denominado *Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, revisan el desarrollo del reconocimiento y de la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas del continente. Para ello, parten del fallo en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y concluyen con la decisión más reciente: la del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil; también exploran otras líneas jurisprudenciales que ampliarían el efecto útil de la CADH en este campo.

En el artículo *A aplicação do artigo 8º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis*, Vitor Fonsêca analiza la jurisprudencia de la Corte IDH en sus competencias consultiva y contenciosa respecto de la aplicación de dicho artículo a causas distintas de las penales, lo que –asegura– conferiría una mayor protección de los derechos humanos.

En su artículo *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?*, Marcela Cecilia Rivera Basulto se refiere al primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre la vulneración del artículo 26 de la CADH relativo al desarrollo progresivo de los DESC en el caso aludido párrafos arriba, que constituye un hito en la historia del SIDH al señalar la responsabilidad del Estado peruano por la violación del derecho al trabajo lo cual trae consigo importantes retos para su garantía en el orden supranacional, específicamente para el alto tribunal regional.

Ricardo Guerra Vasconcelos y Júlia Fonseca Maia, autores de *A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos*, tomando como referencia el caso Maria da Penha contra Brasil, evalúan el respeto y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en este país, su incorporación al ordenamiento jurídico, las actuaciones estatales en la formulación de políticas públicas y legislación en materia de violencia contra las mujeres, su desempeño respecto de los tratados interamericanos en la materia –como la Convención de Belém do Pará además de la CADH– y la importancia de ambos instrumentos internacionales en la protección de los derechos de las brasileñas.

Felipe Otávio Moraes Alves y Micaela Amorim Ferreira, quienes contribuyeron con el artículo *A repercussão do Pacto San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil*, analizan los impactos de la CADH en su país a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y los fallos condenatorios proferidos por la Corte IDH en casos brasileños, así como su recepción e implementación en el ordenamiento jurídico interno.

Para elaborar el artículo *Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Alfonso Carrillo González revisó los criterios emitidos por los tribunales desde la aprobación de la CADH en 1969, disponibles en el portal de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta forma establece cómo ha evolucionado la protección jurídica de los derechos humanos en su país a la luz de las disposiciones contenidas en dicho tratado, en un proceso que le permitió constatar la persistencia de prácticas judiciales que las contravienen.

Pablo González Domínguez, en su aporte titulado *Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad*, explora la jurisprudencia relativa al mismo desarrollando el contenido del artículo 2 de la CADH desde el caso Suárez Rosero contra Ecuador de 1997 hasta la Opinión Consultiva OC-24/17 de 2017, relacionada con la protección de las personas diversas sexualmente.

Finalmente, Pamela Juliana Aguirre Castro, en el artículo *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aborda el debate en torno a la justiciabilidad o exigibilidad directa de estos derechos y la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto de sus contenidos, así como

los retos interpretativos y argumentativos que debe afrontar dicho tribunal regional para continuar trabajando en esta línea.

En esta oportunidad, para conmemorar el aniversario de la entrada en vigor de la CADH, la Revista IIDH tiene el honor de incluir también un artículo del jurista Antônio Augusto Cançado Trindade quien fuera juez y presidente de la Corte IDH; en la actualidad es juez de la Corte Internacional de Justicia.

Contar con su colaboración académica en este contexto resulta una conmemoración en sí misma, ya que la evolución del SIDH difícilmente podría explicarse sin considerar los aportes que para ello significó su trayectoria; a partir de su búsqueda de justicia, la cual impulsó desde el derecho internacional de los derechos humanos con rigurosidad jurídica pero siempre teniendo presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas.

El desempeño de don Antônio Augusto Cançado Trindade –director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos entre 1994 y 1996, actualmente miembro de su Asamblea General– es invaluable, pues durante su desempeño como juez de la Corte IDH promovió nuevas líneas jurisprudenciales con base en criterios jurídicos innovadores en la interpretación y aplicación tanto de la CADH como de otros tratados interamericanos y universales, en aras de la mejor protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la restitución de su dignidad.

Su colaboración a este número monográfico de la Revista IIDH se suma a la conmemoración referida como mejor podría hacerse desde el ámbito académico e investigativo del IIDH, con una disertación relevante que nos invita a reflexionar sobre

las aproximaciones y los avances de las distintas vertientes del derecho para la protección huamana.

En ese sentido, en su artículo denominado *Atos de genocídio e crimes contra a humanidade: reflexões sobre a complementariedade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado*, se hace una relectura de la jurisprudencia relativa a estos delitos emitida tanto por tribunales penales internacionales como por la Corte IDH. Asimismo, comparte sus reflexiones sobre la complementariedad de la responsabilidad del individuo y del Estado en un contexto de “aproximaciones y convergencias” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El IIDH valora y agradece el aporte de los autores y las autoras de los artículos contenidos en esta nueva Revista IIDH; celebra también que a estos se sume la invaluable colaboración de don Antônio y espera que las reflexiones vertidas en este número sean relevantes para la academia, la sociedad civil y las entidades estatales para que –desde cada uno de esos ámbitos– se impulse la implementación de los estándares internacionales que se han gestado y que han evolucionado en los 40 años de vigencia del Pacto de San José.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Atos de genocídio e crimes contra a humanidade: reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado*

Antônio Augusto Cançado Trindade **

I. Expansão da Responsabilidade Internacional

A evolução do direito internacional contemporâneo nas últimas décadas vem dando mostras da expansão da *personalidade* jurídica internacional (abarcando os Estados, povos, indivíduos e a humanidade como um todo), - à qual se junta a *capacidade* jurídica internacional, - assim como da *responsabilidade* internacional. No entanto, esta evolução histórica continua em curso, buscando superar obstáculos ou vazios dogmáticos do passado. Com a expansão já consolidada da responsabilidade jurídica internacional, nos últimos anos tem se advertido para dificuldades encontradas particularmente na expansão da responsabilidade internacional. A adjudicação das violações dos direitos inerentes à pessoa humana têm consolidado

* Conferencia proferida por el Autor, en el Palacio de la Paz, en La Haya, Holanda, el 03 de marzo de 2015.

** Juez de la Corte Internacional de Justicia; Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia, Brasil; Doctor *Honoris Causa* en distintas Universidades en América Latina y en Europa; Miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y del *Institut de Droit International*.

as *obrigações dos Estados* (no Direito Internacional dos Direitos Humanos) de respeitar e fazer respeitar tais direitos, com suas consequências jurídicas (dever de prover reparações, em todas suas formas, às vítimas)¹.

As *obrigações dos indivíduos* passam a ser reconhecidas (e.g., no Direito Penal Internacional), mas as consequências do descumprimento das obrigações internacionais por parte dos distintos sujeitos do direito internacional vêm sendo tratados na doutrina jurídica de modo insuficiente, e as respostas judiciais têm sido insatisfatórias, e nem sempre adequadas². Efetivamente, a determinação da responsabilidade penal internacional do indivíduo e da responsabilidade internacional do Estado não se auto-excluem, mas se complementam, e de modo ainda mais cogente quando os indivíduos perpetradores das atrocidades (atos de genocídio, crimes contra a humanidade, violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário) atuam como agentes do Estado ou executam políticas estatais criminais. Nestas circunstâncias, os Estados em questão são tão responsáveis como os indivíduos perpetradores.

Com esta ótica e neste propósito, pode-se proceder a uma releitura da jurisprudência dos tribunais penais internacionais (*ad hoc* e “mistos” ou “híbridos”³) contemporâneos. Há nela

1 Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2013, Anexo IV (reparações), pp. 327-354.

2 Cf., *inter alia*, e.g., A. Bleckmann, “General Theory of Obligations under Public International Law”, 38 *German Yearbook of International Law* (1995) pp. 27 e 36-39; M.G. Bullard, “Child Labor Prohibitions Are Universal, Binding, and Obligatory Law: The Evolving State of Customary International Law Concerning the Unempowered Child Laborer”, 24 *Houston Journal of International Law* (2001) pp. 144, 146, 151, 158-159, 162, 167 e 171-172.

3 Ou “internacionalizados”, e.g., para Serra Leoa, Timor-Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Camboja e Líbano.

elementos que nos permitem buscar e identificar *aproximações e convergências* entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, levando à constatação da coexistência e complementaridade das mencionadas responsabilidades do Estado e do indivíduo, reveladoras da expansão da responsabilidade internacional em nossos tempos. Tais elementos se encontram, e.g., nas relações entre os indivíduos integrantes da linha de comando e a execução de políticas criminais do(s) Estado(s).

Com efeito, em meu Voto Dissidente na recente Sentença da CIJ (de 03.02.2015) no caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio*, ponderei que a determinação da responsabilidade do Estado (a par da do indivíduo) sob a Convenção de 1948 está em conformidade com os *travaux préparatoires* daquela Convenção, com o seu *rationale*, e com seu objeto e fim, recaindo a proibição do genocídio no domínio do *jus cogens* (pars. 85-92). Os estudos sobre o genocídio e o conhecimento acumulado nas últimas décadas sobre a matéria têm revelado que “o genocídio tem sido cometido na história moderna na execução de políticas estatais” (pas. 93). E acrescentei:

“Tentar tornar a aplicação da Convenção contra o Genocídio aos Estados uma tarefa impossível, deixaria a Convenção sem sentido, uma quase letra morta; criaria ademais uma situação em que determinados atos criminais odiosos estatais, equivalendo a genocídio, ficariam impunes, - sobretudo por não haver atualmente nenhuma Convenção internacional sobre Crimes contra a Humanidade. O genocídio é efetivamente um crime hediondo cometido sob a direção, ou cumplicidade complacente, do Estado e seu aparato⁴. A contrário do que

4 As declarações periciais examinadas pelo TPII, por exemplo, no caso *S. Milosević* (2004), assinalaram que o conhecimento sedimentado sobre a matéria demonstra que as autoridades estatais são sempre responsáveis por um processo genocida.

presumiu o Tribunal de Nuremberg em seu célebre Julgamento (parte 22, p. 447), os Estados não são “entidades abstratas”; tem estado concretamente engajados, juntamente com perpetradores individuais (seus assim-chamados “recursos humanos”, agindo em seu nome), em atos de genocídio, em momentos históricos e lugares distintos.

Tanto os indivíduos como os Estados têm, conjuntamente, sido responsáveis por tais atos hediondos. Neste contexto, a responsabilidade do indivíduo e do Estado são complementares. Em suma, a determinação da responsabilidade do Estado não pode de modo algum ser descartada na interpretação e aplicação da Convenção contra o Genocídio. Ao adjudicar um caso como o presente, relativo à *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia versus Sérvia), a CIJ deveria ter em mente a importância da Convenção como um relevante tratado de direitos humanos, com todas as suas implicações e consequências jurídicas. Deveria ter em mente a significação histórica da Convenção para a humanidade” (pars. 94-95).

É altamente preocupante constatar que genocídios têm sido cometidos em todas as eras da história da humanidade. Como poderei em meu referido Voto Dissidente, dos tempos da *Iliada* de Homero, das tragédias de Ésquilo e Sófocles e Eurípides, até os nossos dias, é impressionante constatar a extrema crueldade com que os seres humanos têm tratado seus semelhantes, inflingindo-lhes o mal (pars. 14-18, 265 e 487-489). Genocídios têm sido cometidos em distintos continentes, desde a antiguidade até o presente.

Examinado este ponto, *inter alia*, em meu extenso Voto Dissidente na recente Sentença da CIJ de 03.02.2015 no caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia versus Sérvia).

Alguns exemplos da constatação e reconhecimento judicial de sua ocorrência na atualidade podem aqui ser evocados, sem o propósito de ser exaustivo, mas tão só ilustrativo. A existência dos tribunais internacionais contemporâneos, torna mais factível esta constatação, em distintos continentes, com atenção voltada às já mencionadas coexistência e complementaridade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado.

II. Responsabilidades do Indivíduo e do Estado: Construção Jurisprudencial

1. Ocorrências no Continente Europeu

Assim, no tocante à devastação das guerras nos Bálcãs durante a década de noventa, já no caso *D. Tadic* (Sentença de 15.07.1999, Sala de Recursos), o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia (TPII) houve por bem estender seu exame do caso também à estrutura de poder e comando do exército sérvio e das forças armadas da República Srpska (VJ/JNA e VRS), sob as ordens de Belgrado⁵. No caso *M. Milutinovic, N. Sainovic, D. Ojdanic, N. Pavkovic, V. Lazarevic e S. Lukic*⁶ (Sentença de 26.02.2009, 1ª. Sala), o TPII cotejou as responsabilidades dos indivíduos na linha de comando com as do Presidente S. Milosevic como “Comandante Supremo” do exército sérvio (consoante as decisões do Conselho Supremo de Defesa – SDC), e com o papel e os poderes do SDC propriamente dito⁷.

No caso *M. Martić* (Sentença de 12.06.2007, 1ª. Sala), o TPII examinou, *inter alia*, a cooperação da liderança (incluindo M.

5 Pars. 150-152, 154-156 e 167.

6 Em que apenas o primeiro foi inocentado, e os demais cinco foram condenados.

7 Pars. 255, 257, 260, 433, 440, 468, 482 e 485.

Martic) da República Srpska com a Sérvia, e o apoio financeiro e logístico e militar desta recebido⁸, e o “objetivo político” da liderança sérvia sob a Presidência de R. Milosevic (pars. 329-338). E, no recente caso *N. Sainovic, N. Pavkovic, V. Lazarevic e S. Lukic* (Sentença de 23.01.2014, Sala de Recursos) o TPII tomou em conta as ordens do Presidente S. Milosevic aos associados nas hostilidades militares - e nos crimes cometidos - no Kosovo em 1998-1999⁹.

Até o presente (abril de 2015), o TPII já condenou cinco indivíduos pelo crime de genocídio: R. Krstic, V. Popovic, L. Beara, D. Nikolic e Z. Tolimir. Suas condenações¹⁰ se referem às execuções em massa de homens e jovens bósnios muçulmanos (em idade de combate), em Srebrenika, em julho de 1995. Na condenação de R. Krstic, o TPII entendeu que sua atuação, como vice-comandante do *Drina Corps* do exército bósnio-sérvio (VRS), era imputável à Sérvia, por ser o VRS um órgão de facto da Sérvia (República Federal da Iugoslávia). Sua condenação (de 19.04.2004, Sala de Recursos) teve, assim, incidência na própria responsabilidade do Estado. O TPII também deu por estabelecida a existência de um plano, da “liderança política e/ou militar do VRS”, para “remover permanentemente a população bósnia muçulmana de Srebrenika, uma vez tomado o enclave”¹¹. A execução em massa dos bósnios muçulmanos em Srebrenika também foi perpetrada consoante um “plano”¹².

8 Pars. 159-160 e 442-446.

9 Pars. 836-839 e 881.

10 Sentenças de 19.04.2004 (R. Krstic), 30.01.2015 (V. Popovic, L. Beara e D. Nikolic) e 12.12.2012 (Z. Tolimir). A única Sentença ainda pendente de recurso é a de Z. Tolimir.

11 TPII (1ª. Sala, Sentença de 02.08.2001), paras. 28 e 612. e cf. paras. 52 e 452.

12 *Ibid.*, pars. 87 e 427.

Do mesmo modo, no caso *V. Popovic*, o TPII deu por estabelecido (1ª. Sala, Sentença de 10.06.2010) que havia um plano “da liderança política e militar bósnia-sérvia” de eliminar os homens e jovens (em idade de combate) de Srebrenika e Zepa, e de remover pela força a população muçulmana¹³, o TPII também determinou que os ataques subseqüentes contra a população civil em Srebrenika e Zepa foram perpetrados consoante a diretiva 7 (de março de 1995) do “Comando Supremo” (de R. Karadzic)¹⁴. Tais decisões vêm de ser mantidas pela Sala de Recursos do TPII (Sentença de 30.01.2015), que vem de condenar V. Popovic por genocídio.

Também no caso *Z. Tolimir*, o TPII (1ª. Sala, Sentença de 12.12.2012) estatuiu que o massacre genocida de Srebrenika de 1995 seguiu um plano, que também previa a remoção forçada da população por “órgãos militares e do Estado” da passagem de veículos de assistência humanitária¹⁵. Outros elementos se encontram na jurisprudência do TPII, em minha percepção também vinculando a responsabilidade individual à do Estado, em condenações outras que por genocídio.

Assim, por exemplo, no caso *M. Martić*, - que organizava a “cooperação” (que existia desde o início de 1991) entre os bósnios-sérvios e a Sérvia, - o TPII (1ª. Sala, Sentença de 12.06.2007) determinou a estreita cooperação existente entre as lideranças da República Srpska na Bósnia-Herzegovina e da Sérvia, com vistas a unir as áreas sérvias na Croácia e na Bósnia à Sérvia; determinou, ademais, o propósito criminal comum de S. Milosevic, R. Karadzic e R. Mladic de unificar tais territórios

13 Pars. 199 e 1306.

14 Pars. 760, 762, 767, 775-776 e 1085.

15 Pars. 1013, 1046, 1069 e 1071.

por meios criminosos¹⁶. Tais decisões foram mantidas pela Sala de Recursos do TPII (Sentença de 08.10.2008).

Pode-se ainda recordar, no tocante ao caso *M. Mrksic, M. Radic e V. Sljivancanin* (2007), - também conhecido como caso do *Hospital de Vukovar*, - que tanto M. Mrksic como V. Sljivancanin eram oficiais (responsáveis por crimes de guerra) do exército JNA, órgão *de jure* da República Socialista Federal da Iugoslávia, predecessora da República Federal da Iugoslávia e da Sérvia. A JNA engajou-se no ataque feroz a Vukovar, e permitiu que paramilitares (associados) torturassem e assassinassem prisioneiros croatas detidos em Ovchara, em situação de extrema vulnerabilidade. Enfim, os casos *M. Milutinovic et alii* (Sentença de 26.02.2009) e *N. Sainovic et alii* (Sentença de 23.01.2014) se referiam a um padrão vasto e sistemático de crimes cometidos em Kosovo (em 1998-1999) contra civis kosovares-albaneses, sob instruções do Presidente S. Milosevic em Belgrado. Aqui, uma vez mais, seria inviável tentar dissociar a responsabilidade penal individual da correspondente responsabilidade do Estado.

No caso inacabado de *S. Milosevic*¹⁷, ex-Presidente da Sérvia, o TPII (1ª. Sala, Decisão de 16.06.2004) viu-se diante de acusações (em três seções) relativas a ocorrências na Croácia, Bósnia-Herzegovina e Kosovo. O TPII, em sua Decisão de 2004, concentrou-se sobretudo nas acusações atinentes aos crimes perpetrados na Bósnia, e determinou a existência da intenção genocida por parte da liderança bósnia-sérvia (R. Karadzic - par. 240). O Presidente sérvio S. Milosevic era “o arquiteto da política de criar uma Grande-Sérvia”, e “pouco ocorria sem o seu conhecimento e envolvimento”, e sua manipulação dos meios de

16 Pars. 141-142, 159, 442-444 e 446.

17 O julgamento teve início em 12.02.2002, e o procedimento terminou em 14.03.2006, devido à morte do acusado em 11.03.2006.

comunicação sérvios para impor uma propaganda nacionalista (paras. 249 e 255, e cf. paras. 235-237).

Quanto à relação entre o Presidente S. Milosevic e as autoridades político-militares bósnias-sérvias, o TPII assinalou a autoridade e influencia de S. Milosevic sobre R. Karadzic, e a assistência militar prestada pelo exército sérvio (JNA) aos bósnios-sérvios, e os vínculos estreitos entre eles (paras. 258-274 e 276, e cf. par. 282). Entendeu que os sucessivos crimes por eles cometidos os levariam a cometer também genocídio de parte dos bósnios muçulmanos como um grupo (par. 292). S. Milosevic tinha conhecimento de tudo, e nada fêz para impedir ou evitar a ocorrência de genocídio em distintas localidades¹⁸, e punir seus perpetradores (par. 309). Tais ocorrências demonstram, em minha percepção, de que não há aqui como dissociar a responsabilidade individual da responsabilidade do Estado.

Quase uma década antes, já em sua Decisão de 11.07.1996, o TPII (1ª. Sala) determinou, no caso *R. Karadzic e R. Mladic*, que os crimes contra membros de determinados segmentos da população civil seguiam o mesmo padrão, eram “planificados e organizados a nível estatal”, tendo como “objectivo comum”, pela “limpeza étnica”, de um novo Estado “eticamente puro” (par. 90). Tais atos constituíam crimes contra a humanidade, cometido em escala ampla e de modo sistemático (par. 91). Posteriormente as acusações contra R. Karadzic e R. Mladic foram ampliadas, de modo a abarcar atos de genocídio (cf. *supra*). As responsabilidades dos indivíduos e do Estado afiguram-se aqui interrelacionadas.

18 O TPII citou especificamente as áreas de Brcko, Prijedor, Sanski Most, Srebrenika, Bijeljina, Kljuc e Bosanski Novi.

2. Ocorrências no Continente Africano

Passando do continente europeu ao continente africano, é de conhecimento geral que coube ao Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR) a primeira determinação judicial (1ª. Sala, Julgamento de 02.09.1998) a qualificar as ocorrências em Ruanda em 1994 como genocídio contra os Tutsis, no caso de *J.-P. Akayesu*, ex-prefeito da comuna de Taba. O extermínio dos Tutsis, como hoje se sabe, ocorreu por toda parte em Ruanda, inclusive em igrejas, hospitais e escolas, causando cerca de 800 mil a um milhão de vítimas¹⁹. Tanto genocídio como crimes contra a humanidade foram perpetrados pelos hutus contra os tutsis, em ampla escala, e de modo continuado e sistemático, inclusive “em zonas sob o controle de forças governamentais”; entre os perpetradores, estavam inclusive “membros da guarda presidencial”²⁰.

Houve abundância de provas no sentido de que o genocídio e crimes contra a humanidade vitimando o grupo tutsi (em razão de sua origem) foram perpetrados pelos hutus “de forma concertada, planejada, sistemática e metódica”²¹; as vítimas, em sua grande maioria, eram não-combatentes, incluindo mulheres

19 L. Aspegren e J.A. Williamson, “The Rwanda Tribunal and Genocide”, in *From Human Rights to International Criminal Law - Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge L. Kama* (eds. E. Decaux, A. Dieng e M. Sow), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 204-205, 218 e 221-222.

20 *Ibid.*, p. 209.

21 *Ibid.*, pp. 211-212 e 215. O próprio Conselho de Segurança das Nações Unidas, depois de apreciar o relatório, nesse sentido, sobre a *Situação dos Direitos Humanos em Ruanda* (de 25.05.1994), do *rapporteur* especial da antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (R. Degni-Ségui), - qualificando as ocorrências de genocídio, - adotou sua resolução 935(1994), de 01.07.1994, expressando sua profunda preocupação com as violações vastas e flagrantes do Direito Internacional Humanitário, incluindo atos de genocídio, cometidos em Ruanda; *ibid.*, pp. 210-211.

e crianças²². Foi o que determinou, uma vez criado, o próprio TPIR, que reconheceu a necessidade de situar as ocorrências no contexto da própria história de Ruanda²³. O envolvimento direto das autoridades administrativas locais no genocídio em Ruanda foi demonstrado pelo TPIR no célebre caso *J.-P. Akayesu*, a cuja Sentença passo a seguir a dedicar atenção.

Com efeito, na referida Sentença de 02.09.1998 no caso *J.-P. Akayesu*, o TPIR (1ª. Sala) demonstrou que o genocídio dos tutsis foi organizado e planejado pelas próprias autoridades públicas, pelos membros da RAF (facção em conflito com a RPF) e pelas forças políticas que sustentavam o poder dos hutus. Os prefeitos das comunas (como J.-P. Akayesu) tinham grande poder local, que normalmente obedeciam suas ordens (pars. 74 e 77), ainda que excedessem seus poderes (como, e.g., a de mandar prender rivais ou oponentes políticos - par. 76). O TPIR encontrou explicação para as ocorrências de 1994 - os massacres dos tutsis - na própria história de Ruanda (pars. 78-129). O genocídio, - afirmou o TPIR, - foi cometido em Ruanda em 1994 contra os tutsis como um grupo (em razão de sua origem e não por estarem engajados no conflito²⁴); “meticulosamente organizado”, teve os próprios “massacres centralmente organizados e supervisionados”, e foi instigado pelos meios de comunicação (para. 126).

Os Tutsis, em sua maioria, - agregou o TPIR, eram não-combatentes, inclusive “milhares de mulheres e crianças” indefesas (par. 128). Houve “atrocidades irrefutáveis” cometidas em Ruanda, e particularmente na comuna de Taba (par. 129). O prefeito de Taba, J.-P. Akayesu, não só tinham conhecimento

22 *Ibid.*, p. 217.

23 Cf. *ibid.*, p. 215.

24 Para o TPIR, o conflito pode ter facilitado a execução do genocídio (par. 127); no entanto, - acrescentou, - o genocídio foi “fundamentalmente diferente do conflito” (par. 128).

destas atrocidades, como as testemunhou e até mesmo incitou publicamente e ordenou as vastas matanças (com o uso de *machetes* lá ocorridas), inclusive de refugiados e professores, massacrados por serem tutsis (pars. 313-314, 641-642, 361, 707, 709, 716, 718 e 729). A *Interahamwe* assassinou numerosos anciãos, mulheres e crianças (par. 355); numerosas mulheres Tutsis foram sistematicamente esturpadas (par. 706).

De todas estas ocorrências, “não só na comuna de Taba”, mas generalizada “em toda Ruanda”, ficou claro que se podia - concluiu o TPIR - inferir a intenção genocida, o cometimento do genocídio contra o grupo tutsi em Ruanda em 1994 (pars. 728 e 730). Agregou o TPIR (1ª. Sala, Sentença de 02.09.1998) que os estupros e violência sexual que vitimaram as mulheres tutsi constituíram genocídio (par. 731), e destacou o extremo sofrimento por eles causado: observou o TPIR que era este “um dos piores meios de causar dano” nas vítimas. E acrescentou o TPIR que os estupros e violencia sexual

“eram cometidos tão só contra as mulheres tutsi, tendo sido muitas delas sujeitadas às piores humilhações públicas, mutiladas, e esturpadas varias vezes, não raro em público (...) e por mais de um agressor. Tais estupros resultaram na destruição física e psicológica das mulheres tutsi, de suas famílias e suas comunidades. A violencia sexual era parte integrante do processo de destruição, alvejando especificamente as mulheres tutsi e contribuindo em particular a sua destruição e à destruição do grupo tutsi como um todo” (par. 731).

Pode-se aqui constatar, com clareza, o engajamento da responsabilidade penal do indivíduo (J.-P. Akayesu), assim como da responsabilidade do Estado, pelas ocorrências que conformaram o genocídio em Ruanda em 1994. A condenação de

J.-P. Akayesu por genocídio foi em seguida confirmada pelo TPIR (Sala de Recursos, Sentença de 01.06.2001 - par. 143). A este caso somam-se outros, igualmente revelando, em minha percepção, a coexistência e complementaridade da responsabilidade penal internacional individual e a responsabilidade internacional do Estado.

Em outro caso, o de *Jean Kambanda*, o TPIR (Sentença de 04.09.1998) viu-se diante das confissões do próprio ex-Primeiro Ministro de Rwanda (J. Kambanda) de sucessivos crimes cometidos, inclusive de genocídio, durante os ataques vastos e sistemáticos contra a população civil tutsi, vitimando inclusive mulheres e crianças, que buscavam refúgio em lugares como as prefeituras, igrejas, escolas e estádios (pars. 39 e 39(i)). Esta política de extermínio era controlada pelo governo, e o próprio Primeiro Ministro J. Kambanda confessou ter exercido sua autoridade *de jure* e *de facto* sobre os funcionários públicos e militares perpetradores dos crimes (par. 39(ii)).

Participou J. Kambanda de reuniões com prefeitos de planejamento dos massacres, e demitiu o prefeito de Butare por ter se oposto aos mesmos, designando um novo prefeito para assegurar os massacres também na comuna de Butare (par. 39(iii)). O Primeiro-Ministro emitiu em que apoiou e encorajou os *Interahamwe* na perpetração dos assassinatos em massa dos segmentos populacionais tutsi, e assumiu responsabilidade por suas ações (par. 39(v)). Estimulou as alas jovens treinadas pela RAF (Forças Armadas de Ruanda) a participar nos massacres, e determinou a distribuição de armas e munições (par. 39(iv) e (xi)).

O Primeiro Ministro J. Kambanda confessou ademais ter feito uso dos meios de comunicação para incitar a população a cometer os massacres dos tutsis, tendo apoiado, neste propósito,

a *Radio-Télévision Libre des Mille Collines* (RTL) para que continuasse a instigar as atrocidades, e declarado que considerava a RTL “uma arma indispensável na luta contra o inimigo” (par. 39(vii)). Visitou as prefeituras de várias comunas (e.g., as de Butare, Gitarama, Gikongoro, Gisenyi e Kibuye), encorajando os prefeitos e a população a cometer mais massacres (par. 39(viii)). Fêz o mesmo em discursos em reuniões públicas em várias partes de Ruanda (par. 39(x)). Confessou ademais ter testemunhado pessoalmente os massacres dos tutsis (par. 39(xii)).

Ao tomar nota das confissões do ex-Primeiro Ministro J. Kambanda, o TPIR (1ª. Sala, Sentença de 04.09.1998) aceitou-as, e deu por estabelecido que ele cometeu genocídio e crimes contra a humanidade (par. 40(1)-(5)). Dois anos depois, na Sentença 10.10.2000, o TPIR (Sala de Recursos) confirmou a determinação da 1ª. Sala, da perpetração de genocídio e crimes contra a humanidade no caso de *Jean Kambanda*. No *cas d'espèce*, resulta claríssima, em minha percepção, a interrelação entre a responsabilidade penal internacional do ex-Primeiro Ministro de Ruanda e a responsabilidade internacional do Estado.

No caso conhecido como dos *Meios de Comunicação* (caso de *F. Nahimana, J.-B. Barayagwiza e H. Ngeze*), o TPIR condenou os três indiciados por genocídio, pelo papel que exerceram no controle dos meios de comunicação em Ruanda (*RTL* e *Kangura*), nas emissões de incitamento ao ódio étnico e extermínio dos segmentos tutsis da população. Segundo o TPIR, o governo de Ruanda não impediu que os meios de comunicação - em particular a *RTL* - transmitissem mensagens incitando aos atos de genocídio. Foi o que determinou o TPIR (1ª. Sala, Sentença de 03.12.2003, par. 951), que ademais afirmou que as emissões conclamavam ao extermínio do “grupo étnico tutsi”, tido como “inimigo” (par. 949).

Formou-se uma “ideologia política” de ódio (par. 951), incitando ao uso de *machetes* para exterminar os tutsis (par. 950). Um dos três condenados, J.-B. Barayagwiza, era inclusive Diretor de Assuntos Políticos do Ministério das Relações Exteriores de Ruanda (par. 6) e líder do partido político CDR no poder (par. 976), e participou - agregou o TPIR - na própria organização do extermínio dos tutsis (par. 1067). Posteriormente, o TPIR (Sala de Recursos, Sentença de 28.11.2007) confirmou sua condenação, por ter planejado, incitado e dirigido os atos de violência dos militantes do partido CDR e dos *Impuzamugambis* no extermínio dos tutsis, inclusive com o fornecimento de armas (pars. 882-883, 886 e 959-960).

Ademais da jurisprudência do TPIR acima assinalada, um estudo recente da matéria também detecta a participação de agentes do Estado, e de milícias sob seu controle, no genocídio em Ruanda, na execução da “política governamental genocida” de exterminar os tutsis²⁵. O próprio TPIR constatou a participação de oficiais públicos no extermínio, e.g., também nos casos *Kayishema e Ruzindana* (Sentença de 21.05.1999) e *Musema* (Sentença de 27.01.2000), sobre as ocorrências na comuna de Bisesero e Kibuye²⁶. Aqui, novamente, se configuram conjuntamente, a meu ver, tanto a responsabilidade penal individual como a responsabilidade do Estado.

A par das referidas decisões do TPIR, também relatos de sobreviventes e testemunhas das trágicas ocorrências em Ruanda em 1994 deram conta de que o genocídio foi detalhadamente preparado por muito tempo, envolvendo os governantes e suas milícias²⁷. Houve incitação, a exemplo das emissões da *Radio-*

25 L. Aspegren e J.A. Williamson, “The Rwanda Tribunal and Genocide”, *in op. cit. supra* n. (19), pp. 219-220.

26 *Ibid.*, pp. 218-221.

27 J.A. Berry e C.P. Berry (eds.), *Genocide in Rwanda - A Collective Memory*,

Télévision Libre des Mille Collines, instigando à violência extrema²⁸. Os numerosos massacres contra os Tutsis deixaram um quadro da mais completa devastação, com milhares de cadáveres empilhados nas ruas das comunas ou boiando nos rios e lagos²⁹.

Outro tribunal penal internacional a dar sua contribuição à matéria em apreço tem sido a Corte Especial de Serra Leoa (CESL - tribunal “internacionalizado” ou “híbrido” ou “misto”), no caso *Charles Taylor* (2013), primeiro ex-Chefe de Estado (desde o Tribunal de Nuremberg) a ser julgado e condenado por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Como Presidente da Libéria, seus atos eram imputáveis ao Estado; com efeito, fêz ele uso de sua posição, do aparato estatal e dos recursos público, para encorajar e dar assistência ao cometimento dos crimes contra a população civil de Serra Leoa, como determinou a CESL.

Com efeito, em sua Sentença de 18.05.2012, a CESL (1ª. Sala) constatou uma política e estratégia (da RUF/AFRC) de campanha de terror para a perpetração dos crimes, em ampla escala, contra a população civil de Serra Leoa (pars. 6905 e 6911). Envolveu ela a provisão de armas e pessoal militar para a perpetração das atrocidades³⁰, - que incluíram assassinatos, estupros e escravidão sexual, raptos, trabalho forçado, amputações, recrutamento de crianças-soldados (par. 6905). Nos pontos resolutivos, a CESL concluiu pela perpetração dos crimes contra a humanidade de assassinatos em massa, estupros e escravidão sexual (par. 6994).

Washington D.C., Howard University Press, 1999, pp. 3, 5 e 53.

28 *Ibid.*, p. 87.

29 *Ibid.*, p. 17.

30 Pars. 6913, 6916 e 6920-6921, 6928, 6931, 6936, 6947-6949, 6865, 6967 e 6969.

Na Sentença seguinte, de 30.05.2012, a CESL se concentrou nos “fatores agravantes”, a saber: o fato de terem sido os crimes cometidos em igrejas, mesquitas, escolas e hospitais; de terem sido cometidos de modo extra-territorial, no país vizinho Serra Leoa pelo então Presidente da Libéria; de serem as vítimas pessoas inocentes (pars. 26-29 e 95-96). Acrescentou a CESL que o então Presidente Ch. Taylor era também membro do Comitê dos Cinco (em seguida dos Seis) do ECOWAS, que integrava o processo pelo qual a comunidade internacional buscava trazer a paz à Serra Leoa. Ao invés de contribuir ao mesmo, traiu-o, ao apoiar as operações militares criminosas de destruição (incorrendo em um “*betrayal of public trust*”), o que constituiu “um fator agravante de muito peso” (pars.

97-99 e 102-103). Ademais, valeu-se o então Presidente da Libéria da campanha de terror, da devastação e do sofrimento infligido à população de Serra Leoa para obter lucros financeiros no suprimento de diamantes do país vizinho, outro “fator agravante” (pars. 98-99).

Enfim, na Sentença condenatória de 26.09.2013, a CESL (Sala de Recursos) reiterou estes pontos³¹, e acrescentou que, embora Ch. Taylor, então Presidente da Libéria, “nunca estivesse fisicamente presente em Serra Leoa”, suas ações em escala extra-territorial prolongaram o sofrimento infligido à população de Serra Leoa (par. 679), e, além de causarem tanto dano às vítimas e seus familiares imediatos, alimentaram um conflito que tornou-se uma ameaça à paz e segurança internacionais na sub-região do sudoeste da África (par. 683). Ainda que a CESL tivesse se concentrado na responsabilidade penal internacional do Presidente Ch. Taylor, abstendo-se de caracterizar a ação estatal como “criminal”, deixando esta tarefa a cargo de outros tribunais

31 Pars. 678, 684-685 e 687.

internacionais com “autoridade sobre os Estados” e encarregados de “interpretar o direito da responsabilidade do Estado” (par. 456), a correlação entre uma e outra ficou clara (cf. *supra*).

A CESL (Sala de Recursos) observou, ademais, que os Estados têm contraído “obrigações para impedir e punir indivíduos por violações graves do Direito Internacional Humanitário mediante tratados que têm se tornado direito consuetudinário estabelecendo a responsabilidade penal individual por tais violações” (par. 457). Recordou que os próprios Estados têm criado tribunais internacionais “para punir crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio” (par. 463); ela própria (a Sala de Recursos da CESL) se via obrigada a aplicar também o “direito internacional consuetudinário existente” sobre a matéria (par. 464). Ainda que um tribunal internacional - como a CESL - se concentre na determinação da responsabilidade penal internacional do indivíduo, deixando a determinação da responsabilidade internacional do Estado a outro tribunal internacional (dotado de jurisdição para isto), as circunstâncias das ocorrências na devastação em Serra Leoa (*supra*) deixam clara a impossibilidade de dissociar uma responsabilidade da outra.

Reconhece-se hoje que uma significativa contribuição da jurisprudência da CESL reside em sua adjudicação de casos de recrutamento de crianças-soldados (menores de 15 anos), usadas para participar ativamente nas hostilidades³². Pela primeira vez, foi tal crime processado por um tribunal penal internacional, a CESL (caso *S. Hinga Norman*, Decisão de 31.05.2004), em uma contribuição ao Direito Internacional Humanitário³³. Assinalou

32 O. Njikam, *The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Humanitarian Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 74, 109, 204-205, 207 e 210.

33 *Ibid.*, pp. 176, 197, 213, 217, 282 e 284.

a CESL a proibição de direito internacional consuetudinário desse recrutamento forçado de crianças-soldados (que já existia bem antes do desenrolar das ocorrências em meados de 1996), aplicável não só às forças armadas mas também a atores não-estatais³⁴.

3. Ocorrências no Continente Americano

Passando do continente africano ao continente americano, em meus Votos Individuais na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), a partir do caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentença de 18.09.2003), passei a examinar o que denominei de “*complementaridade entre a responsabilidade internacional dos Estados e a responsabilidade penal internacional dos indivíduos*”, tal como consta em meu Voto Arrazoadado naquele caso (pars. 14-20). Observei que era próprio da evolução do direito internacional contemporâneo, fortalecendo-o (a exemplo da adoção do Estatuto do TPI), a *criminalização* das violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário; com isto, a comunidade internacional se insurgia contra a impunidade (pars. 14-17 e 35-40). Não há como tentar eludir o crime de Estado, a consciência jurídica universal despertou enfim para isto (pars. 25-32). Aqui se configura a responsabilidade internacional agravada, - agreguei, - com todas as conseqüências jurídicas para as reparações (pars. 41-55).

Logo depois, em meu Voto Arrazoadado no caso do *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (Sentença de 29.04.2004), permiti-me recordar que o próprio *Relatório* final da *Comissão de Esclarecimento Histórico* (CEH) da Guatemala registrou 626

34 *Ibid.*, p. 212.

massacres cometidos pelas forças do Estado (exército apoiado por paramilitares) durante os ataques armados; 95% dos massacres foram perpetrados, com extrema crueldade, entre 1978 e 1984, e 90% em áreas habitadas sobretudo pelo povo maia. O massacre de Plan de Sánchez foi um deles, situado na “estratégia estatal destinada a destruir um grupo étnico” (pars. 2-4).

Em seu referido *Relatório* intitulado *Guatemala - Memoria del Silencio*, - acrescentei, - a CEH se referiu à ocorrência de violações graves de direitos humanos, de “atos de genocídio” contra membros dos povos maia-ixil, maia-achi, maia-k’iche’, maia-chuj e maia-q’anjob’al. No entender da CEH, os vitimados de tais atos de genocídio foram sobretudo os membros “mais vulneráveis” das comunidades maias (especialmente crianças e idosos), e tais atrocidades comprometiam tanto a responsabilidade individual de los “autores intelectuais ou materiais” dos “atos de genocídio” como a “responsabilidade do Estado”, por serem tais crimes, em sua maioria, - na expressão da CEH, - “producto de una política preestablecida por un comando superior a sus autores materiales” (par. 5)

Ponderei, a seguir, que, o fato de a CtIADH carecer de *jurisdição* para se pronunciar sobre “atos de genocídio” sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não eximia o Estado demandado de sua *responsabilidade* pelas ocorrências (pars. 7-8). Depois de debruçar-me sobre a responsabilidade internacional *agravada* (pars. 24-28) e o princípio de humanidade (pars. 9-23), retomei a questão da existência dos crimes de Estado (pars. 34-36) e da coexistência da responsabilidade internacional do Estado e do indivíduo. Sobre tal coexistência e complementaridade, ponderei o seguinte:

“Não me parece haver impedimento jurídico algum para a determinação *concomitante* da responsabilidade internacional

do Estado e a responsabilidade penal dos indivíduos nos termos anteriormente assinalados (par. 25, *supra*), no tocante à Convenção Americana, revelando a interação entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional, no presente domínio de proteção dos direitos humanos. (...) No plano estritamente internacional, subsiste, não obstante, um desenvolvimento insuficiente da matéria, refletido na atitude persistente de tratar a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal dos indivíduos de forma separada e compartimentalizada.

Na atual etapa de desenvolvimento insuficiente da matéria, os tribunais internacionais de direitos humanos (as Cortes Européia e Interamericana, e futuramente a Africana) se concentram na primeira (a responsabilidade internacional do Estado), ao passo que os tribunais penais internacionais *ad hoc* (para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda) e o Tribunal Penal Internacional (TPI) voltam-se à segunda (a responsabilidade penal internacional dos indivíduos). Mas a responsabilidade internacional do Estado e a do indivíduo são complementares. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao concentrar-se na responsabilidade internacional do Estado por violações dos direitos por ela protegidos, não se exime, no entanto, de assinalar - em seu nem sempre recordado artigo 32(1)³⁵ - que ‘toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade’.

A reação às violações graves e sistemáticas dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário constitui em nossos dias uma legítima preocupação da comunidade internacional como um todo; tal reação se impõe com ainda maior força quando as vítimas são vulneráveis e indefesas (como no presente caso do *Massacre de Plan de Sánchez*), e a estrutura do poder público encontra-se deformada e posta a serviço da repressão e não da

35 Sobre a correlação entre deveres e direitos.

busca do bem comum. A responsabilidade penal internacional do indivíduo, em meu entendimento, não exime a do Estado; as duas coexistem, sendo este reconhecimento de crucial importância para a erradicação da impunidade. Tanto o Estado como seus agentes são destinatários diretos de normas do direito internacional contemporâneo; a conduta de ambos é prevista e regida por este último, devendo, pois, tanto o Estado como seus agentes responder pelas conseqüências de seus atos e omissões” (pars. 37-39)³⁶.

Posteriormente, em meu Voto Arrazoadado no caso *Goiburú e Outros versus Paraguai* (Sentença de 22.09.2006), atinente às atrocidades da chamada “Operação Cóndor” no Cone Sul da América Latina³⁷, voltei a examinar os “elementos para uma aproximação à complementaridade entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional” (pars. 34-53), destacando cinco elementos, a saber: a) a personalidade jurídica internacional do indivíduo; b) a complementaridade entre a responsabilidade internacional do Estado e a do indivíduo; c) a conceituação dos crimes contra a humanidade; d) a prevenção e a garantia de não-repetição; e e) a justiça reparatória na confluência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional.

36 E agreguei que, “apesar de terem os fatos ocorrido há 22 anos atrás, permanecem seguramente vivos na memória dos sobreviventes. Os anos de silêncio e humilhação, face às dificuldades de localização dos cemiterios clandestinos e da exumação dos cadáveres do massacre, e da prolongada denegação de justiça, não lograram apagar a memória dos sobreviventes do ocorrido em Plan de Sánchez no dia 18 de julho de 1982” (par. 40).

37 Para um estudo de caso a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 132-144 e 151-184.

Observei que “os crimes contra a humanidade situam-se na confluência entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, e expus minhas razões (pars. 42, e cf. pars. 39-43).

E insistí nas aproximações entre estes dois ramos do direito de proteção, e na complementaridade entre a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal internacional do indivíduo (par. 39). Para os propósitos das presentes reflexões, limito-me a referir-me tão só ao primeiro dos elementos assinalados, de relevância a um abordamento da referida complementaridade.

Tal elemento reside na condição jurídica do indivíduo como “sujeito tanto *ativo* (Direito Internacional dos Direitos Humanos) como *passivo* (Direito Penal Internacional) do Direito Internacional, ou seja, como titular de direitos e portador de obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional. A condição do indivíduo como tal representa, como tenho assinalado em numerosos escritos, o legado mais precioso da ciência jurídica a partir de meados do século XX³⁸” (par. 35). Em relação ao TPII e ao TPIR, - aguei, - o Tribunal Penal Internacional (TPI) permanente “representa um avanço no tocante em particular à presença e participação das vítimas no curso de seu procedimento”³⁹ (par. 36), por ser

38 Cf., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law (Part I)”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) caps. IX-X, pp. 252-317; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 319-376; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

39 Estatuto de Roma, artigos 68 e 75, e Regulamento, regras 16, 89 e 90-93, -

“um significativo ponto de confluência entre o Direito Penal Internacional contemporâneo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Já não se trata de uma justiça tão só punitiva ou sancionatória, mas, ademais, também reparatória (Estatuto de Roma, artigo 75), e prevendo distintas formas e modalidades de reparação (Regulamento do TPI, regra 98), tanto individuais como coletivas. Em nada surpreende que, em seus primeiros pronunciamentos, - no caso *Th. Lubanga Dyilo* e a investigação da situação na República Democrática do Congo⁴⁰, - tenha o TPI feito referência expressa à rica jurisprudência da Corte Interamericana⁴¹. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional contemporâneo podem aqui se reforçar mutuamente, em benefício último dos seres humanos.

A consolidação da personalidade penal internacional dos indivíduos, como sujeitos ativos assim como passivos do direito internacional, fortalece a responsabilidade (*accountability*) no Direito Internacional por abusos perpetrados contra os seres humanos. Desse modo, os indivíduos também são portadores de deveres sob o Direito Internacional, o que reflete a consolidação de sua personalidade jurídica internacional⁴². Desenvolvimentos na personalidade jurídica internacional e na responsabilidade

acrescida da criação da Unidade de Vítimas e Testemunhas (Estatuto, artigo 43(6), e Regulamento, regras 16-19), e do Fundo Fiduciário para as Vítimas (Estatuto, artigo 79, e Regulamento, regra 98).

40 Cf. ICC (Pre-Trial Chamber I), doc. ICC-01/04, de 17.01.2006, pp. 14-15, 29 e 34; de 31.03.2006, p. 12; e de 31.07.2006, pp. 8-9.

41 Referências aos casos, e.g., *Blake versus Guatemala*, 1998; *Meninos de Rua versus Guatemala*, 1999; *El Amparo versus Venezuela*, 1996; *Neira Alegría versus Perú*, 1996; *Paniagua Morales versus Guatemala*, 2001; *Baena Ricardo e Outros versus Panamá*, 2001, entre outros.

42 H.-H. Jescheck, “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004) p. 43.

internacional se dão *pari passu*, e toda esta evolução dá testemunho da formação da *opinio juris communis* no sentido de que a gravidade de determinadas violações dos direitos fundamentais da pessoa humana afeta diretamente valores básicos compartilhados pela comunidade internacional como um todo⁴³” (pars. 37-38).

4. Ocorrências no Continente Asiático

Passando, enfim, ao continente asiático, no tocante à jurisprudência da Câmara Especial nas Cortes do Camboja (CECC - Corte Especial do Camboja), o caso de *Nuon Chea e Khieu Samphan* ilustra o papel exercido por altas autoridades públicas nas atrocidades cometidas pelo regime de Pol Pot no Camboja (1975-1979). Nuon Chea exerceu vários cargos públicos, inclusive como Ministro da Propaganda e Informação, dentre outras funções na alta hierarquia do regime do Partido Comunista do Kampuchea (CPK). Assim o assinalou a CECC, em sua recente Sentença (de 07.08.2014 - par. 9); também Khieu Samphan exerceu funções e posições distintas - como, e.g., Presidente do Presídio Estatal - no regime do CPK (par. 10).

Os líderes do CPK - prosseguiu a CECC - deslocaram à força as populações, de cidades e vilas a áreas rurais, e procederam à “reeducação” dos “maus elementos” e à eliminação dos “inimigos”, tendo em sua mira determinados grupos, como os cham, os vietnamitas, os budistas e os oficiais do *ancien*

43 Cf., e.g., A. Cassese, “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (eds. A. Cassese e M. Delmas-Marty), Paris, PUF, 2002, pp. 15-29; e cf., em geral, [Vários Autores], *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional* (ed. J.A. Carrillo Salcedo), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 17-504.

régime (par. 102). Os crimes cometidos, em grande escala e de modo sistemático, contra a população civil cambojana, incluíram assassinatos, deslocamento forçado, extermínio, desaparecimentos forçados de pessoas, perseguição política. Tais atrocidades vitimaram centenas de milhares de civis em todo o Camboja, e geraram fluxos maciços de refugiados nos países vizinhos (pars. 193, 546-547 e 553-554).

As atrocidades foram perpetradas na execução de um plano de políticas estatais, impostas pelo Partido único (CPK - pars. 193 e 195). À violenta evacuação da população, de Phnom Penh e outras cidades, seguiram-se os crimes mencionados⁴⁴. Ademais, numerosas vítimas - além das assassinadas - morreram nas estradas, de enfermidades, de falta de água e alimentos, de falta de assistência médica e higiene (pars. 556, 558 e 560). A CECC estatuiu que os oficiais e soldados do *Khmer Rouge* cometeram crimes contra a humanidade (par. 643), em seu afã de implementar sua “revolução socialista” no Camboja (pars. 777-778 e 804). Tratava-se - acrescentou a CECC - de “políticas criminais” do regime do CPK, que não se importava com as condições infra-humanas de vida da população, em uma afronta à dignidade humana; recorria sem escrúpulos ao uso da força, em uma campanha de terror de perseguições “de base política” (par. 805).

A CECC agregou que Nuon Chea participou, na cúpula do Partido único, desde o início, da formulação da política de deslocamento forçado da população seguido de crimes, para evacuar as áreas urbanas e “coletivizar” as “zonas liberadas” (pars. 842-843). Segundo esta política estatal, os “traidores” seriam “liquidados” (pars. 844-846). Na cúpula do Partido único (CPK), Nuon Chea conduziu “sessões de doutrinação” para a

44 Pars. 630, 645, 683-686, 805, 842, 860-861 e 867-868.

execução dos crimes (pars. 853-854). A CECC condenou, então, Nuon Chea, por crimes contra a humanidade (pars. 877-878, 883, 887, 904 e 906-907), “cometidos na execução das instruções do Partido” (par. 888), e acrescentou que

“Nuon Chea, juntamente com Pol Pot, exerceram o poder decisório último do Partido, e usaram a autoridade *de jure* e *de facto* para instruir as tropas e soldados do *Khmer Rouge* de menor hierarquia a cometer crimes de assassinato, extermínio, perseguição política e outros atos desumanos de deslocamento forçado e ataques contra a dignidade humana” (par. 884, e cf. par. 887).

A CECC, em seguida, determinou que Khieu Samphan também planejou e cometeu crimes contra a humanidade (pars. 996-997). Tanto Nuon Chea como Khieu Samphan estavam plenamente cientes das políticas que resultariam na ampla escala de tais crimes, em meio à doutrinação para eliminar os “inimigos” do regime do *Khmer Rouge* (pars. 1040-1041). Neste caso de *Nuon Chea e Khieu Samphan*, a responsabilidade penal de ambos afigura-se relacionada à responsabilidade estatal.

Já há cerca de uma década, ao concluir a investigação no caso de *Nuon Chea e Khieu Samphan*, a CECC identificou (*Ordonnance* de 15.09.2010) a existência de um plano da liderança do CPK, posto em prática, de extermínio - com *actus reus* e *mens rea* de genocídio - dos integrantes dos grupos cham (um grupo étnico e religioso) e vietnamita (pars. 1336 e 1343). Numerosas vítimas foram exterminadas em ampla escala, de forma deliberada e sistemática, por pertencerem a tais grupos (pars. 1337-1340 e 1344-1347).

Assim, a par do extermínio dos cambojanos “inimigos” do regime do *Khmer Rouge*, este último buscou, em relação aos integrantes do grupo cham, destruir também sua cultura,

tradições e idioma, destruí-los por completo (pars. 1341-1342). E, no tocante aos vietnamitas, o regime de Pol Pot buscou destruí-los também pela propaganda (do CPK) de guerra anti-vietnamita, a incitação ao ódio, a perseguição e a escalada de deportações, além dos assassinatos em massa (pars. 1348-1349). Tratava-se de políticas estatais, relacionadas com a responsabilidade penal dos indivíduos em questão (nos altos escalões da liderança do CPK).

No caso de *Kaing Guek Eav (Camarada Duch)*, Diretor do sinistro Centro de Detenção S-21 (e áreas em seus arredores), a CECC determinou (Sentença de 26.07.2010) sua responsabilidade pelo estabelecimento do mesmo com uma “função criminal”, e pela prática (no período de 1975-1979) de extrair confissões, mediante interrogatório e tortura, seguidos de trabalho forçado e execuções, dos que se suspeitava serem “inimigos” do regime do CPK (pars. 23-24, 111, 514 e 520-521). Muitos detidos, quando não executados, morriam de enfermidades, falta de nutrição e “dor física e psicológica, em meio ao “medo extremo” (par. 597). Comentou a CECC que se utilizavam “políticas stalinistas” (par. 110).

Os ataques contra a população cambojana, - agregou a CECC, - ocorreram paralelamente ao conflito armado entre o Camboja e o Vietnã, e o CPK atacou seus próprios nacionais, tidos como “inimigos” do regime do *Khmer Rouge*; os que terminavam detidos na prisão S-21 provinham de “todas as partes do país e de todos os setores da sociedade cambojana” (pars. 322-323). A CECC afirmou ser o Camarada Duch “criminalmente responsável dos crimes “de caráter hediondo e particularmente chocante” de tortura e execução (nas cercanias de Phnom Pehn) de mais de 12,200 vítimas (par. 597).

Na Sentença subsequente (de 03.02.2012), a CECC (Sala de Recursos) confirmou as condenações (pars. 1-2, 376) por crimes

contra a humanidade (par. 7). Agregou a CECC que constituíam “fatores agravantes” as “condições deploráveis” em que se encontravam os detidos antes das execuções (pars. 375-376), e o fato de que o Camarada Duch valeu-se de sua posição central de liderança na prisão S-21 para “abusar” no “treinamento, ordens e supervisão do pessoal na tortura e execução sistemáticas de prisioneiros” (par. 377). No entender da CECC, tal crueldade “situa este caso entre os mais graves diante dos tribunais penais internacionais” (par. 376). Neste caso do *Camarada Duch*, uma vez mais, afiguram-se interrelacionadas a responsabilidade penal individual e a responsabilidade estatal.

III. Complementaridade da Responsabilidade Internacional do Indivíduo e do Estado

Não obstante a contribuição da construção jurisprudencial em curso sobre a matéria (*supra*), o tratamento da questão central da complementaridade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado por parte da doutrina jusinternacionalista permanece insuficiente, se não insatisfatório. Consideravelmente maior atenção deveria ter já sido dispensada à questão. Parte da doutrina mostra-se disposta a buscar uma aproximação entre as responsabilidades individual individual e do Estado, mas experimenta dificuldades por não conseguir desvencilhar-se da visão estatocêntrica - atada a dogmas do passado - do ordenamento jurídico internacional⁴⁵. Ainda assim, diante de circunstâncias *agravantes*, logra estabelecer aquela aproximação entre a responsabilidade penal do indivíduo e a responsabilidade estatal agravada⁴⁶.

45 Cf. B.I. Bonafè, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 7, 66-67 e 125.

46 *Ibid.*, pp. 17-18, 31, 37, 79, 131-133, 135, 144-145 e 253-255.

Outra corrente doutrinária admite as responsabilidades concomitantes do Estado e do indivíduo por crimes de guerra ou crimes contra a paz (atinentes - segundo ela - às relações inter-estatais), mas se mostra inteiramente hesitante em admiti-las conjuntamente em relação a atos de genocídio, dada a suposta impossibilidade de um Estado de se tornar responsável penalmente⁴⁷, distintamente de um indivíduo. As duas responsabilidades, - prossegue ela, - são de natureza diferente; em casos “excepcionais”, pode-se admitir que um mesmo ato ilícito possa dar origem às duas responsabilidades, a do Estado e a do indivíduo (atuando como agente estatal)⁴⁸.

Em minha percepção, a incongruência desta corrente doutrinária resulta sobretudo de seu enfoque estritamente interestatal, ainda que se trate de uma convenção como a Convenção contra o Genocídio de 1948. Não pode esta ser adequadamente abordada com as atenções voltadas às susceptibilidades interestatais. A referida Convenção se orienta aos seres humanos, aos grupos humanos vitimados, real ou potencialmente. No decorrer de dois procedimentos prolongados dos dois casos perante a CIJ atinentes à Convenção contra o Genocídio (Bósnia-Herzegovina *versus* Sérvia, 2007; e Croácia *versus* Sérvia, 2015), a CIJ, superando hesitações, entendeu que a referida Convenção se estende também à determinação da responsabilidade estatal.

Em meu Voto Dissidente na recente Sentença da CIJ de 03.02.2015 no caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia *versus* Sérvia), sustentei que a determinação da responsabilidade do Estado não só foi o que buscaram os redatores daquela Convenção (como seus *travaux préparatoires*

47 C. Dominicé, “La question de la double responsabilité de l’État et de son agent”, in *Liber Amicorum Judge M. Bedjaoui* (eds. E. Yakpo e T. Boumedra), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 144-148 e 150-152.

48 Cf. *ibid.*, pp. 156-157.

revelam), mas está também em linha com seu *rationale*, assim como seu objeto e fim (pars. 85-95). A Convenção contra o Genocídio visa prevenir e sancionar o crime de genocídio, - que é contrário ao espírito e propósitos das Nações Unidas, - de modo a liberar a humanidade desse flagelo. Adverti que tentar tornar a aplicação da referida Convenção uma tarefa impossível a tornaria sem sentido, uma quase letra morta (par. 94).

A própria Carta das Nações Unidas, - recordei, - professa a determinação de assegurar o respeito aos direitos humanos em toda parte; o princípio de humanidade, - na linha do secular pensamento jusnaturalista (*recta ratio*), - permeia desse modo o Direito das Nações Unidas (pars. 73-76). Ademais, - agreguei, - o princípio de humanidade tem angariado reconhecimento judicial, por parte tanto dos tribunais internacionais de direitos humanos como dos tribunais penais internacionais (pars. 77-82). As violações graves dos direitos humanos e os atos de genocídio, entre outras atrocidades, violam as proibições absolutas do *jus cogens* (par. 83).

Outra corrente doutrinária, mais esclarecida que a anteriormente mencionada, recorda de início que a própria conceituação dos crimes internacionais decorre de evolução do direito internacional geral ou costumeiro, e não mais se pode negligenciar o fato de que tanto indivíduos como Estados podem ter sua responsabilidade engajada por crimes internacionais. No caso dos crimes mais hediondos, como atos de genocídio e crimes contra a humanidade, indivíduos contam com os recursos do Estado para executar suas políticas criminais⁴⁹. As

49 É inegável que os Estados podem tornar-se responsáveis por crimes internacionais, tanto por ação como por omissão; V.-D. Degan, “Responsibility of States and Individuals for International Crimes”, in *International Law in the Post-Cold War World – Essays in Memory of Li Haopei* (eds. Sienho Yee e Wang Tiewa), Routledge, London/N.Y., 2001, pp. 203-204, 209, 221 e 223.

responsabilidades dos indivíduos e do Estado encontram-se comprometidas, e a determinação da responsabilidade do Estado é particularmente importante para assegurar as reparações adequadas às vítimas.

A evolução neste sentido (ainda que a responsabilidade estatal seja tida como “civil”) vem sendo reforçada pelo advento das proibições absolutas do *jus cogens*⁵⁰. Cabe ademais ter em mente que as Convenções de Direito Internacional Humanitário - que são também direito internacional consuetudinário - devem ser cumpridas em todas e quaisquer circunstâncias, em benefício de todas as pessoas protegidas. O foco encontra-se na pessoa humana, e não nos Estados em suas relações recíprocas. Efetivamente não se trata de normas reduzidas à reciprocidade das relações interestatais, mas de normas imperativas de salvaguarda da integridade da pessoa humana, que recaem no domínio das responsabilidades tanto dos Estados como dos indivíduos⁵¹.

O próprio Direito Internacional Humanitário transcendeu a obsoleta visão inter-estatal, e dela se liberou, ao dar maior ênfase - à luz do princípio de humanidade - às pessoas protegidas e à responsabilidade pela violação de seus direitos. As pessoas protegidas não são um simples objeto de regulamentação, mas sujeitos do direito internacional⁵². É o que se depreende claramente

50 *Ibid.*, pp. 203-204 e 207-208, e cf. p. 220.

51 Cf., neste sentido: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66; L. Condorelli, “Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violations graves du droit international humanitaire”, in *Man’s Inhumanity to Man - Essays on International Law in Honour of A. Cassese* (eds. L.C. Vorah et alii), The Hague, Kluwer, 2003, pp. 214, 216 e 218-219.

52 As Convenções de Genebra de 1949 se basearam nos direitos das pessoas protegidas (e.g., Convenção III, artigos 14 e 78; Convenção IV, artigo 27).

do fato de as quatro Convenções de Genebra de 1949 proibirem firmemente os Estados Partes derrogações - por acordos especiais - das regras nelas enunciadas, e em particular restringir os direitos das pessoas protegidas nelas consagrados⁵³. Com efeito, o impacto das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem, já por longo tempo, tendo repercussões no *corpus juris* e aplicação do Direito Internacional Humanitário⁵⁴.

Ainda sobre a complementaridade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado, cabe manter em mente que os Estados cometem crimes por meio de indivíduos (não apenas seus agentes em todos os níveis hierárquicos, mas inclusive mercenários recrutados); a responsabilidade de ambos se compromete (por ação ou omissão), tornando-se aqui necessária a luta contra a impunidade pelas atrocidades perpetradas⁵⁵. Em suma, a coexistência da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado é hoje reconhecida pela maior parte da doutrina contemporânea.

Os Estados contam com indivíduos para perpetrar crimes internacionais, e os indivíduos contam com o aparato estatal para fazê-lo (a partir da planificação, sobretudo em se tratando de genocídio e crimes contra a humanidade). Cabe recordar, a respeito, que a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas, ao retomar em 1984, uma iniciativa de três décadas antes, de elaborar seu Projeto de Código de Crimes

53 Convenções I, II e III, artigo 6; e Convenção IV, artigo 7.

54 A.A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 155-156.

55 Cf. M. Kamto, “Responsabilité de l’État et responsabilité de l’individu pour crime de génocide - quels mécanismes de mise-en-oeuvre?”, in *Génocide(s)* (eds. K. Boustany e D. Dormoy), Bruxelles, Bruylant/Éd. Université de Bruxelles, 1999, pp. 489-490, 492, 495-496, 500 e 509.

contra a Paz e a Segurança da Humanidade, ponderou que, ainda que tivesse inicialmente em mente a responsabilidade penal de indivíduos, esta se configurava sem prejuízo da responsabilidade internacional dos Estados⁵⁶. Não surpreendentemente, o referido Projeto de Código, adotado enfim em 1996, dispôs sobre as responsabilidades tanto do indivíduo (artigo 2) quanto do Estado (artigo 4)⁵⁷.

No entanto, a conceitualização desta conjugação de responsabilidades não é uniforme. Para alguns, as duas responsabilidades se complementam, mas cada uma delas mantém sua autonomia⁵⁸; para outros, a complementaridade de ambas vai mais além (Estados e indivíduos sendo sujeitos plenos do direito internacional), deslocando-se a ênfase às vítimas, e ao dever de reparação dos danos a elas causados⁵⁹, para por fim à impunidade e assegurar a realização da justiça.

IV. Considerações Finais

Os avanços na justiça internacional são algo auspicioso, que não pode admitir retrocessos. A expansão da jurisdição internacional em nossos dias faz-se acompanhar *pari passu* da

56 Cf. ILC, *The Work of the International Law Commission*, 8a. ed., vol. I, N.Y., U.N., 2012, p. 103.

57 Cf. ILC, *The Work of the International Law Commission*, 8a. ed., vol. II, N.Y., U.N., 2012, pp. 305-306.

58 P.-M. Dupuy, “International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State”, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (eds. A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D. Jones), vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1086-1089, 1091-1093 e 1095-1099.

59 A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253, 256-260, 262 e 269.

expansão da personalidade (e capacidade) e responsabilidade internacionais. A complementaridade das responsabilidades internacionais do indivíduo e do Estado é algo ineludível. Podemos melhor apreciar esta evolução se nos detivermos em sua perspectiva histórica, e constatarmos que a barbárie tem estado presente em toda a história da humanidade: civilização e barbárie são duas faces da mesma moeda⁶⁰. Assim sendo, os avanços na justiça internacional hão de ser preservados e cultivados, para que não haja retrocessos.

Como visto anteriormente, tanto o TPII como o TPIR, tanto a CESL como a CECC, determinaram, em distintos continentes, a responsabilidade de indivíduos, na mais alta hierarquia do poder público dos Estados em questão, por genocídio e/ou crimes contra a humanidade. Os *interna corporis* da CESL e da CECC chegam inclusive a buscar, em particular, - no legado do Tribunal de Nuremberg, - o juízo daqueles mais responsáveis por tais crimes⁶¹. Não há que esquecer que, afinal, o Tribunal de Nuremberg condenou, por crimes contra a humanidade, comandantes e altos funcionários do regime do Terceiro *Reich*, assim como entidades criminosas do mesmo (como, e.g., a SS e a Gestapo)⁶². As atrocidades da II guerra mundial foram perpetradas em execução de uma política estatal de extermínio de seres humanos.

60 A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, pp. 69-137.

61 S. Linton, “Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice”, 12 *Criminal Law Forum* (2001) pp. 199 e 219, e cf. pp. 229, 236-237 e 244-245.

62 Cf., e.g., P. Roland, *Os Julgamentos de Nuremberg - Os Nazistas e Seus Crimes contra a Humanidade*, São Paulo, M.Books, 2013, pp. 23, 31, 73, 95, 99, 109, 137, 2013 e 203.

Nos últimos anos, os tribunais penais internacionais “híbridos” ou “mistos” têm, com isto, a meu ver contribuído, juntamente com o TPII e o TPIR, à aproximação das responsabilidades internacionais do indivíduo e do Estado no direito internacional contemporâneo. Nesse sentido, o que não dizer, por exemplo, dos casos do ex-Presidente Charles Taylor, do ex-Primeiro Ministro Jean Kambanda, de autoridades públicas como J.-P. Akayesu e Nuon Chea (braço direito do líder Pol Pot) e Camarada Duch, do caso inacabado do Presidente S. Milosevic, dos atuais processos contra R. Karadzic e R. Mladic, dos dirigentes da Operação Cóndor no Cone Sul, dentre outros?

A aproximação das responsabilidades internacionais do indivíduo e do Estado por crimes internacionais é de grande importância também para o tratamento adequado da questão das *reparações* às vítimas e seus familiares. A consideração da responsabilidade tão só do indivíduo - separadamente da estatal - leva a dificuldades quase intransponíveis (como as hoje enfrentadas pelo TPI), geradas pela assimetria entre a responsabilidade individualizada e a natureza coletiva de crimes como o genocídio e os crimes contra a humanidade, com suas numerosas vítimas⁶³. Há que ter sempre em mente que, não raro, os indivíduos condenados agiram como agentes do Estado, fizeram uso de seus recursos e atuaram em seu nome. Ao se considerar também a responsabilidade do Estado, esta última inclusive viabiliza as reparações⁶⁴.

63 E. Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court - Its Implementation, Possibilities and Limitations*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 4-5, 53 e 295-297.

64 E não de forma bastante limitada, como através do *Trust Fund* para as vítimas; cf. *ibid.*, pp. 67-68, 71 e 76. Para um estudo geral da matéria, a partir da posição das vítimas (e de seus direitos), cf. Luke Moffett, *Justice for Victims before the International Criminal Court*, London/N.Y., Routledge, 2014, pp. 1-289.

O fato de terem os tribunais penais internacionais (*ad hoc* e “híbridos” ou “mistos”) condenado, por genocídio e crimes contra a humanidade, agentes estatais, autoridades públicas nos mais altos escalões do poder estatal⁶⁵, demonstra claramente, em meu entender, a interrelação da responsabilidade individual com a responsabilidade estatal. Assim, em nada surpreende que o labor daqueles tribunais, de determinação da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, tenha sido marcado, de meados da década de noventa até o presente, por uma certa tensão com as prioridades dos Estados, que insistem em sua visão estatocêntrica do ordenamento jurídico internacional, mesmo em face da meta professada de construção de uma “cultura de responsabilidade” ligada à paz e à justiça no plano internacional⁶⁶.

Esta tensão em nada impede seguir adiante no labor de realização da justiça. Se apreciarmos em conjunto todas as vertentes de proteção da pessoa humana no direito internacional contemporâneo, - o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, somados ao Direito Penal Internacional, - em suas aproximações e convergências⁶⁷, nos daremos conta de que no novo *jus gentium* de nossos tempos a centralidade é da pessoa humana, e não dos Estados. Só assim poderemos nos desvencilhar das perigosas distorções do prisma estritamente estatista, com suas conseqüências nefastas. Os avanços na justiça internacional constituem hoje um patrimônio jurídico de todos os povos, e em última análise da própria comunidade internacional como um todo.

65 Cf., sobre este ponto, [Vários Autores,] *Prosecuting Heads of State* (eds. E.L. Lutz e C. Reiger), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-293.

66 Cf., sobre este último ponto, e.g., B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 185-186 e 189-192.

67 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66.

El nuevo despertar del sistema interamericano de derechos humanos. Causas, retos y oportunidades en el litigio

“En memoria de mamá”

*María Cielo Linares**

Introducción

Al igual que un bueno vino, durante los últimos 40 años el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el sistema interamericano o el SIDH) ha logrado asentarse, estabilizarse, afinarse y madurar. No se puede acompañar un bueno vino añejado con queso industrial; tampoco se puede acompañar al SIDH con las mismas herramientas que hace 30 años. Así, la labor de los Estados y de los particulares frente al litigio interamericano sobre todo, ha debido transformarse y adecuarse a las nuevas complejidades del mismo. El objetivo de este estudio es lograr determinar cuáles han sido las causas

* Abogada argentina y colombiana, con maestría en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada; especialización en Derecho Contencioso y Sustantivo Constitucional por la Universidad Javeriana; varios diplomados y cursos en protección de derechos humanos y derecho internacional. Actualmente realiza cursos de doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Trabajó en Siria y Palestina, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente trabaja en la Comisión Colombiana de Juristas. Ha sido conferencista en Argentina, Colombia, Costa Rica y Palestina; ha publicado cuatro libros sobre estándares internacionales de derechos humanos, así como varios artículos y capítulos de libros sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

principales de este cambio y cuáles los efectos más relevantes de cara a dicho litigio.

A cuatro décadas de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH) y a tres de la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte Interamericana), el SIDH ya no es el mismo. La composición de sus dos órganos ha cambiado, al igual que sus reglamentos y el enfoque de derechos. Así, derechos como los ambientales, étnicos, de género y económicos, sociales y culturales (en adelante los DESC) –entre otros– han comenzado a ganar terreno en el sistema interamericano.

Existen varias causas que explican tal desarrollo; algunas son intrínsecas del mismo y otras extrínsecas, correspondiendo estas últimas a la incidencia de los Estados o a la evolución del derecho internacional que presionan a los órganos interamericanos.

Dentro de las primeras, sin querer dar una lista taxativa, sobresalen cuatro: (i) el recambio normal de los y las integrantes tanto de la Corte IDH como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH o la Comisión Interamericana); (ii) la creación de nuevas áreas de trabajo dentro de los órganos como por ejemplo la recientemente creada Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH; (iii) el acumulado de sentencias sobre algunos derechos; y (iv) la necesidad de analizar casos novedosos, determinada en el artículo 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

Los factores externos, en particular los relacionados con la labor de los Estados miembros, también han comenzado a influir fuertemente en el sistema interamericano; lo han hecho tanto directamente –por medio de la solicitud de opiniones consultivas

a la Corte IDH– como indirectamente, por medio de la Asamblea General (en adelante la Asamblea General) de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA).

Finalmente, el normal desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante el DIDH) –tanto en forma doctrinal como a nivel jurisprudencial comparado– ha influenciado la labor de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana, siendo cada vez más utilizadas las citas de otros ordenamientos tanto nacionales como internacionales al momento de argumentar.

De esta manera, es inevitable que el litigio ante el sistema interamericano –tanto el estatal como el de los peticionarios– haya debido replantearse adquiriendo un mayor grado de complejidad y profundidad, a la par de haber logrado mantener márgenes de actuación que permiten revolucionar el DIDH, como sucedió previamente con materias como las reparaciones o el derecho a la verdad.

A continuación entraré a analizar algunas de estas causas que han modificado la labor de los órganos del SIDH, logrando un mayor desarrollo de los derechos humanos. Asimismo, presentaré los efectos que dichos cambios ha tenido a nivel internacional, haciendo especial hincapié en sus consecuencias en el litigio para los peticionarios y los Estados. Por cuestión de espacio, no entraré a analizar el avance del DIDH ni los resultados de los citados cambios a nivel nacional, aunque son temas fascinantes que ameritan una investigación aparte.

I. Causas intrínsecas que modifican la labor del sistema interamericano

Existen cuatro circunstancias intrínsecas que han modificado el SIDH: (i) el recambio normal de los y las integrantes de sus órganos, (ii) la creación de nuevas áreas de trabajo interno, (iii) el acumulado de sentencias (iv) y la necesidad de analizar casos novedosos, según el actual artículo 45 del reglamento de la CIDH. A continuación analizaré estos puntos.

1. Recambio de los y las integrantes de los órganos del sistema interamericano

De acuerdo con el artículo 37 de la Convención Americana, la CIDH está integrada por siete personas con un mandato de cuatro años y reelegibles solo una vez; cada dos años, se renueva la mitad de la misma. En forma similar, el artículo 54 de la CADH determina que los y las jueces de la Corte IDH son también siete, que duran un período de seis años ocupando el cargo y su reelección opera solo una vez; cada tres años, se renueva la mitad de sus jueces.

Este cambio de integrantes genera –a diferencia de otros tribunales donde el cargo es vitalicio, siendo en América la Corte Suprema de Estados Unidos el caso más reconocible– una modificación más veloz en la jurisprudencia y las decisiones de los órganos. Así, nuevas personas provenientes de diferentes países e idiosincrasia nacionales, con nuevos y distintos perfiles así como diversas visiones de derecho, generan un recambio en posturas, ideologías y enfoques de derechos. De esta forma, visto su carácter de intérprete autorizada de la Convención Americana, el recambio dentro de la Corte IDH adquiere una importancia mayor.

Así, comienza a entenderse el cambio de jurisprudencia interamericana sobre la violación del artículo 26 de la CADH, en general, y especialmente relacionado con derechos laborales. Sobre la materia existen cuatro casos sumamente similares pero con decisiones diversas, según el recambio interno de la Corte IDH. En estos, se discutió si el artículo en cuestión –que protege a los DESC– le permite analizar las violaciones de derechos laborales por el cese de empleados. A continuación presentaré los mismos.

a. Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú¹

Este es el primer caso que analizó la Corte IDH por posible vulneración del artículo 26, como consecuencia del cese de contrato laboral; este hecho tuvo lugar dentro del sector público. Sin entrar al fondo de si podría existir vulneración alguna o no, la Corte Interamericana se amparó sosteniendo que la CIDH no había alegado la hubiera primera –aunque sí los representantes de los peticionarios– y expresó que, aun reconociendo el perjuicio, no era competente para analizar dicha vulneración.

En su voto razonado, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade sostuvo que “todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables”, vista su indivisibilidad.

¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006.

b. Canales Huapaya y otros contra Perú²

En el presente caso, la Corte IDH nuevamente se vio frente a la posibilidad de analizar la vulneración del artículo 26 por el cese de contratos laborales, también en el sector público. Sin embargo, como dicha pretensión no fue presentada ni por la CIDH ni por los peticionarios decidió no incluir su estudio ni en su parte considerativa ni resolutive.

Los jueces Roberto de Figueredo Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot³, en su voto conjunto concurrente determinaron que el derecho al trabajo sí es justiciable y autónomo; estos magistrados –haciendo uso de la teoría interpretativa “sistemática, teleológica, evolutiva y más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales”– determinaron que el Protocolo de San Salvador no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes y que es solo “uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho al trabajo que protege el artículo 26 de la Convención Americana [que] ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho”.

2 Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de junio de 2015.

3 Es importante notar que ambos jueces, conjuntamente con el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, habían comenzado su mandato en 2013 cuando se hizo el recambio de tres magistrados de la Corte.

c. Lagos del Campo contra Perú⁴

Este tiene similitudes con los casos anteriores. Existe un cese de contrato laboral y la consiguiente posible vulneración del artículo 26 de la Convención Americana; a pesar de ello, ni los peticionarios ni la CIDH lo alegaron. Asimismo, a diferencia de las dos previas sentencias, la cesantía es en el sector privado y no en el público. Por consiguiente, pareciera previsible que si en los otros dos casos –donde tampoco se había alegado la vulneración y la cesantía fue en el sector público– la Corte IDH no determinaría la violación del artículo 26 en este; sin embargo, sucedió lo opuesto.

De esta forma, la Corte IDH determinó que tenía jurisdicción plena para analizar la vulneración tanto de todos los artículos como de las disposiciones de la CADH y no solo de lo presentado en los alegatos. Así tomó implícitamente lo expresado por el juez Cançado Trindade en el caso *Aguado Alfaro*, frente a la interdependencia e indivisibilidad entre los DESC y los derechos civiles y políticos. Posteriormente, sin mención expresa al voto conjunto concurrente de los magistrados Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso *Canales Huapaya*, la Corte Interamericana afirmó que

143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables

4 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2017.

para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos.

144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] 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”.

Así, la Corte IDH reconoció la estabilidad laboral como un derecho amparado por el artículo 26 de la CADH y condenó a Perú por su vulneración.

Tanto el Eduardo Vio Grossi como Humberto Antonio Sierra Porto, en sus votos parcialmente disidentes individuales expresaron –con diferentes argumentos– que la Corte Interamericana no era competente para analizar la vulneración del citado artículo 26 con base en los hechos presentados.

d. Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú⁵

En este, caso más similar a los dos primeros analizados, en el entendido de que la cesantía era dentro del ámbito público la Corte IDH aplicó la jurisprudencia del caso Lagos Campos y declaró la vulneración del mencionado artículo 26. Acá, nuevamente los jueces Vio Grossi y Sierra Porto –de forma individual– negaron la posibilidad de declarar la violación de tal precepto.

De esta forma, al ver la composición de la Corte Interamericana al momento de dictar las cuatro sentencias presentadas –en particular en lo relativo a las últimas tres– se entiende esta mutación de la jurisprudencia. Así, en el recambio de magistrados y magistradas de 2013 ingresaron por primera vez Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot, quienes desde 2015 lideraron la posición a favor de la justiciabilidad de los derechos laborales en el sistema interamericano; también Sierra Porto, quien ha mantenido una posición constante frente a la limitada competencia de la Corte IDH según el artículo 26 convencional.

En el siguiente recambio, producido en 2016, solo continuó el juez Vio Grossi quien debe abandonar su puesto en 2021. De esta forma, dicha renovación permitió que la visión minoritaria defendida por los magistrados Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot –desde 2013– pasara a ser mayoría.

Ahora bien, evidenciado en la práctica el efecto que el recambio interno tiene en las decisiones de la Corte Interamericana, es menester mencionar que en la actualidad sus

⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2017.

integrantes en pleno pueden renovar su mandato; ello es así salvo en caso del juez Vio Grossi, lo que permite argumentar que la jurisprudencia sobre la justiciabilidad de los DESC en el ámbito interamericano se mantendrá por –al menos– los próximos diez años.

2. Creación de nuevas áreas de trabajo

Desde 1990, la CIDH ha comenzado a crear relatorías o unidades temáticas específicas⁶ con el objetivo de establecer equipos especiales para el estudio de algunos temas que –por la situación de vulnerabilidad y la discriminación histórica de la cual han sido objeto determinados grupos poblacionales– considera centrales. El propósito de las mismas es fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo dentro de la misma Comisión Interamericana. En la actualidad existen diez relatorías; estas son las siguientes:

- a. Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, creada en 1990.
- b. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres, creada en 1994.
- c. Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, creada en 1996.
- d. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, creada en 1997.
- e. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, creada en 1998.

⁶ Las unidades temáticas tienen menor incidencia interna pues no tienen un relator, que suele ser un comisionado, una comisionada o una persona designada por la CIDH específicamente para dicho puesto; las relatorías cuentan con un equipo de trabajo más amplio.

- f. Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, creada en 2001.
- g. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, creada en 2004.
- h. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, creada en 2005.
- i. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, creada en 2011.
- j. Relatoría sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, creada en 2017; antes, esta fue la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creada en 2012.

Al analizar la labor de la CIDH, se observa que, por un lado, tiene la función de ser el filtro para los casos y las medidas cautelares presentadas ante la Corte IDH; por el otro, es la encargada de la observancia y la defensa de los derechos humanos en los Estados. Esto segundo lo realiza por medio de (i) informes sobre la situación general de los derechos, (ii) informes específicos de cada país, (iii) visitas in loco, (iv) informes temáticos y (v) seminarios, conferencias y otros eventos similares.

Así las cosas, la creación de grupos específicos para determinados temas, en particular repercute en la segunda labor la cual está relacionada con la observancia y la defensa de los derechos humanos en los Estados parte del sistema interamericano. A modo de ejemplo, la segunda relatoría creada ha sido la concerniente a las mujeres; de los 25 informes temáticos que desde 1998 ha publicado esta, diecisiete son sobre

dicho grupo poblacional⁷. Asimismo, desde 2007 la CIDH ha comenzado a presentar informes específicamente acerca de los DESC, siendo el último de 2017 denominado “pobreza y derechos humanos”; en la actualidad, la relatoría respectiva está elaborando el informe sobre empresas y derechos humanos.

3. Acumulado de sentencias

Desde su primera decisión contenciosa, la del caso Velázquez Rodríguez contra Honduras en 1988⁸, la Corte IDH ha producido más de 200 sentencias de ese tipo generando –en el caso de algunos derechos– un acumulado de decisiones que le permitió realizar un estudio más rico y exhaustivo de los mismos. De esta forma, hasta hace unos años, más de un 80 % de temas analizados se centraron en cuestiones penales y hechos que configuran una violación múltiple y continuada de derechos humanos; es decir, pluriofensiva. A modo de ejemplo, hasta enero de 2014, de 172 casos que conoció fueron 140 sobre tortura y malos tratos (51 %), ejecución extrajudicial (24 %), desaparición forzada (20 %), jurisdicción militar (11 %), leyes de amnistía (8%) y pena de muerte (2 %)⁹.

En este sentido, uno de los temas que más ha analizado la Corte Interamericana es el incumplimiento del deber de investigar violaciones de derechos humanos; de hecho, en la primera sentencia del SIDH se condenó a Honduras por no haber

7 CIDH. *Informes temáticos*, Informes, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988.

9 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal”. *Revista IIDH*, N° 59, 2014, pp. 29 a 118.

investigado un caso de desaparición forzada) y a lo largo de 30 años la Corte IDH ha logrado precisar su contenido.

Como lo explica Óscar Parra Vera¹⁰, el avance del sistema interamericano frente al deber de investigar se puede dividir en tres grandes momentos. Durante una primera etapa, entre las décadas de 1970 y 1980, tuvo un rol de denuncia y documentación de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, especialmente en contextos de dictadura militar y abusos en el marco de estados de excepción, como lo fue el mencionado caso Velázquez Rodríguez donde la Corte Interamericana determinó que la desaparición de la víctima se había dado en un contexto de desapariciones forzadas sistemáticas por parte de “agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección”¹¹.

El segundo gran momento se relaciona con las transiciones a la democracia y se concentró en problemas asociados a la impunidad por los abusos del pasado, profundizando su jurisprudencia frente a los límites a las amnistías y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. La del caso Barrios Altos contra Perú es la sentencia hito en este tema; en la misma, la Corte IDH determinó que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”¹².

10 Parra Vera, Óscar. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 13, N° 1, noviembre 2012, pp. 5 a 51.

11 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez...*, pp. 28 y 29.

12 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, p. 15.

Una tercera etapa, en la cual nos encontramos en la actualidad, se caracteriza por escenarios institucionales más complejos; ello ha generado jurisprudencia en aspectos específicos, como la cosa juzgada fraudulenta por la obstrucción sistemática a la administración de justicia y al debido proceso¹³, la cooperación judicial interestatal¹⁴, el abuso de derechos procesales buscando obstaculizar la debida diligencia¹⁵, las tipificaciones penales prevalentes¹⁶, la debida diligencia en la investigación y la falta de investigación como agravante de la discriminación de género, entre otros asuntos.

13 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de noviembre de 2004.

14 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 130. En este se analizó casos de desaparición forzada ocurridas en el marco de la “Operación Cóndor”; la Corte Interamericana condenó al Estado paraguayo por no haber solicitado, “con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados” así como “las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan”.

15 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2009, párr. 120. En este, la Corte Interamericana condenó al Estado guatemalteco visto que “las disposiciones que regula[ro]n el recurso de amparo, la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, [...] permiti[eron] el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso” y, en definitiva, la impunidad.

16 Este punto se relaciona con la tipificación simplificada a nivel nacional de una pluriofensa, pudiendo así declararse prescrita una investigación que –por su gravedad– no debería prescribir. A modo de ejemplo, la Corte IDH ha determinado –en casos como Heliodoro Portugal contra Panamá, Tiu Tojín contra Guatemala, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia y Gelman contra Uruguay– que constituye una violación al deber de investigar el hecho de que las investigaciones internas hubieran sido abiertas por secuestro u homicidio, evitando la tipificación de los delitos de desaparición forzada o tortura, visto la seria posibilidad de que la acción sea declarada prescrita.

Así, lo que hace 30 años era simplemente un deber de investigar, en 2003 –con el caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras¹⁷– implicó el deber específico de investigar exhaustivamente la escena del crimen y que profesionales competentes deban llevar a cabo rigurosas autopsias y análisis de restos humanos. Otro ejemplo de este desarrollo es el caso Campo Algodonero contra México¹⁸, donde la Corte Interamericana determinó que la falta de investigar la desaparición de dos niñas y una mujer joven –aparte de ser una vulneración por sí misma– reproducía la violencia de género enviando, desde el Estado, el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada.

De esta manera, la Corte IDH ha logrado no solo no repetirse en estos 30 años sino profundizar y detallar cada vez más su jurisprudencia, ampliando así la garantía y la protección de los derechos humanos. Como se verá a continuación, este avance se explica por la necesidad de desarrollar o aclarar su jurisprudencia, regulada en el artículo 45 del reglamento de la CIDH.

4. La necesidad de aspectos novedosos

La reforma de 2001 del Reglamento de la Comisión Interamericana, posteriormente profundizada en 2013, generó grandes transformaciones frente al estudio de peticiones y casos. Según el artículo 45 del mismo, al momento de analizar el sometimiento de un caso, la CIDH debe considerar principalmente la obtención de justicia que debe estar fundada en cuatro elementos: la posición del peticionario, la naturaleza y

17 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de junio de 2003.

18 Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 16 de noviembre de 2009.

la gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema, y el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

De los últimos dos puntos se desprende que el rol de la Comisión Interamericana se centra en presentar problemáticas que puedan, además de resolver el caso concreto, trascender situaciones estructurales o generales para los países de la región¹⁹. De esta forma, a pesar de que el Estado en cuestión no hubiera adoptado medidas para dar cumplimiento a sus recomendaciones en un caso concreto, puede decidir no someterlo ante la jurisdicción de la Corte IDH.

Una entrevista realizada en 2015 al entonces presidente de la Corte IDH, el magistrado Sierra Porto, evidencia este interés por tratar cuestiones novedosas. “En este momento –sostuvo– hay preocupaciones por parte de los agentes del Sistema por tratar de que haya lineamientos, pronunciamientos sobre temáticas novedosas, que hasta ahora no han sido las más usuales. Particularmente existe una preocupación que ha sido expresada por la OEA para producir recomendaciones en el sentido en que sería conveniente que el Sistema Interamericano realice más pronunciamientos sobre temas relativos al Estado social de derecho: a derechos sociales, prestacionales”²⁰.

De esta forma, la Corte IDH ha comenzado a realizar nuevas líneas jurisprudenciales. A modo de ejemplo, en los últimos años han analizado y desarrollado los derechos (i), como se ha mencionado previamente; (ii) lo ha hecho sobre las mujeres con

19 Calderón Gamboa, Jorge. “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, 2014 pp. 105 a 116.

20 Daniel Salgar, Antolínez. *Nuevos desafíos de la Corte IDH*, El Espectador, Colombia, 19 de abril de 2015, disponible en <https://www.elespectador.com/noticias/elmundo/nuevos-desafios-de-corte-idh-articulo-555948>

el abordaje de asuntos tales como maternidad, el derecho al embarazo y sus necesidades fisiológicas de la mujer²¹, los roles estereotipados y las culturas de discriminación²², y la doble situación de vulnerabilidad en caso de mujeres desplazadas e indígenas²³; y (iii) sobre las comunidades indígenas con

21 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de junio de 2005; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de marzo de 2006; Corte IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006; Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010; Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 24 de febrero de 2011; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2012; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, sentencia del 20 de noviembre de 2014; y Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*, resolución del 6 de septiembre de 2012.

22 Corte IDH. *González y otras (Campo Algodonero)...*; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de agosto de 2010; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2010; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de febrero de 2012; Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de abril de 2012; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)...*; Corte IDH. *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de mayo de 2014; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles...*; y Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de noviembre de 2015.

23 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Reparaciones), sentencia del 19 de noviembre de 2004; Corte IDH. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de Septiembre de 2005; Corte IDH. *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros...*; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra...*; Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 4 de septiembre de 2012; y Corte IDH. *Caso*

asuntos como la propiedad comunal²⁴, la personalidad jurídica²⁵, la identidad cultural y el derecho a mantener sus usos y costumbres²⁶, la consulta²⁷ y la relación de las comunidades con

Espinoza Gonzáles...

- 24 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2001; Corte IDH. *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de junio de 2005; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*; Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2007; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 27 de junio de 2012; Corte IDH. *Caso Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2013; Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de octubre de 2014; Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de octubre de 2015; y Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2015.
- 25 Ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*; Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka...*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*; y Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono...*, sentencia del 25 de noviembre de 2015.
- 26 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*; Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka...*; Tiu Tojín vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2008; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*; y Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros...*
- 27 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka...*; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*; Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros...*; y Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia del 8 de octubre de 2015.

el medio ambiente²⁸, entre otros).

Los casos sometidos por la CIDH a la Corte en los últimos años, evidencian esta necesidad de introducir aspectos novedosos. Así, hasta el 15 de abril de 2018 se han presentado seis casos de los cuales cinco son novedosos, a saber: (i) trato humano y digno y a la familia por el traslado de condenados a otros centros de detención lejos de sus núcleos familiares²⁹; (ii) valor de la práctica nacional frente a la abolición de la pena de muerte³⁰; (iii) derechos a la propiedad, a la información y a la participación de las comunidades indígenas³¹; (iv) derecho a la salud³²; y (v) plazo razonable de la detención preventiva³³.

Así las cosas, al momento de analizar la presentación de un caso ante el SIDH es necesario hacer una evaluación frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana viendo si es posible

-
- 28 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni...*; Corte IDH. *Comunidad Indígena Yakye Axa...*; Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*; Corte IDH. *Pueblo Saramaka...*; Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 3 de abril de 2009; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek...*; y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*
- 29 CIDH. *Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso 12.804, Néstor Rolando López y otros, respecto de Argentina*, 25 de enero de 2018.
- 30 CIDH. *Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso 11.782, Miguel Ángel Rodríguez Revolorio, Miguel Ángel López Calo y Aníbal Archila Pérez, respecto de Guatemala*, 1 de febrero de 2018.
- 31 CIDH. *Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso 12.094, Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), respecto de Argentina*, 23 de febrero de 2018.
- 32 CIDH. *Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso 12.818, José Luis Hernández, respecto de Argentina*, 27 de febrero de 2018.
- 33 CIDH. *Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso 12.197, Ramón Rosendo Carranza Alarcón, respecto de Ecuador*, 11 de abril de 2018.

desarrollarla o aclararla, lo que obliga a presentar casos de violaciones de derechos humanos “nuevos” –como los DESC– o casos que permitan aumentar los alcances de protección de derechos humanos ya analizados por la Corte IDH previamente, como el alcance del deber de investigar.

II. Rol de los Estados en las transformaciones del SIDH

Dichas transformaciones y su avance en la protección de los derechos humanos tienen una directa influencia externa por parte de la labor de los Estados, tanto en forma directa como indirecta. A continuación se analizarán algunas de estas, en particular la capacidad estatal de solicitar opiniones consultivas de la Corte IDH en determinados aspectos y la incidencia de los mismos por medio de la Asamblea General.

1. Influencia directa por medio de la solicitud de opiniones consultivas

Según el artículo 64 –1 y 2– de la Convención Americana, los Estados miembros de la OEA “podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos [...]”; asimismo, cuando alguno lo solicite, “podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Desde su existencia dentro de la CADH, este recurso ha sido utilizado veinte veces³⁴ por sus Estados parte y ha tenido como

³⁴ A abril de 2018, estaba pendiente la decisión sobre la opinión consultiva solicitada

función reflejar las problemáticas existentes en el continente sobre determinados derechos y las posiciones estatales, no solo relacionado al que realizó la consulta sino también a los demás países que tienen la posibilidad de presentar sus posturas. De esta forma, en los últimos años se han visto cinco solicitudes que giran en torno a los debates en derechos humanos que más han sonado política, académica y socialmente en el continente: el derecho de asilo, la identidad de género y la no discriminación a parejas del mismo sexo³⁵, el medio ambiente³⁶, la titularidad de derechos de las empresas jurídicas³⁷, los derechos y garantías de la niñez migrante³⁸, y la población migrante indocumentada³⁹.

Las resoluciones de la Corte IDH en las opiniones consultivas suelen ser precursoras de sus posteriores decisiones

por Ecuador el 18 de agosto de 2016, sobre el alcance y el fin del derecho de asilo. Además, debe considerarse que la Corte IDH rechazó una solicitud de opinión consultiva de Costa Rica, presentada el 10 de diciembre de 2004, debido a que “podría resultar en un pronunciamiento indirecto, por la vía de opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no resueltos a nivel interno ni sometidos a consideración de la Comisión o de la Corte”.

³⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-24*, del 24 de noviembre de 2017. Solicitada por Costa Rica; presentaron sus consideraciones Argentina, Bolivia, México, Uruguay, Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras y Panamá.

³⁶ Corte IDH. *Opinión consultiva OC-23*, del 15 de noviembre de 2017. Solicitada por Colombia; presentaron sus consideraciones Argentina, Bolivia, Honduras, Panamá y Guatemala.

³⁷ Corte IDH. *Opinión consultiva OC-22*, del 26 de febrero de 2016. Solicitada por Panamá; presentaron sus consideraciones Argentina, Bolivia, Honduras, Colombia, El Salvador, Guatemala, Chile y México.

³⁸ Corte IDH. *Opinión consultiva OC-21*, del 19 de agosto de 2014. Solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; presentaron sus consideraciones Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, República Dominicana y Panamá.

³⁹ Corte IDH. *Opinión consultiva OC-18*, del 17 de septiembre de 2003. Solicitada por México; presentaron sus consideraciones Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá, Estados Unidos de América, Brasil, Paraguay, Argentina, Panamá, Perú y Costa Rica.

jurisdiccionales, en particular porque habitualmente son las mismas personas quienes resolverán los casos contenciosos futuros. Así, se ha observado que la línea que la Corte Interamericana determinada en una opinión consultiva –aun si no es vinculante como la de las decisiones contenciosas– marca un fuerte precedente para la misma al momento de analizar un caso concreto en su función jurisprudencial.

Trayendo a colación lo explicado sobre las etapas del rol del SIDH frente al deber de investigar, en 1987 –un año antes de su primer caso contencioso– a pedido de Uruguay la Corte Interamericana comenzó a sentar su posición sobre el tema y determinó que

24. [...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación [...] y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

25. Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad. Pero, igualmente, debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que

los Estados Partes están obligados a establecer [...] para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.⁴⁰

De esta forma, no sorprendería que –en futuros casos contenciosos relacionados con la última opinión consultiva presentada por Costa Rica– la Corte Interamericana dicte una sentencia con el mismo enfoque en derechos, en particular teniendo en cuenta que –como se vio– la actual composición de la Corte, salvo en el caso del Dr. Vio Grossi, es probable que se mantenga en los próximos años.

Así las cosas, por medio de la solicitud de opiniones consultivas los Estados influyen en la agenda de la Corte IDH, la que debe resolver cuestiones de derechos que todavía no les han llegado vía contenciosa. De esta manera, como bien lo expresó en la Opinión Consultiva OC-22 del 26 de febrero de 2016, este mecanismo tiene la función de ser un control de convencionalidad preventivo.

2. Influencia indirecta por medio de la Asamblea General

Según el artículo 54 de la Carta de la OEA, la Asamblea General –conformada por un representante de cada Estado– es su órgano supremo y tiene como funciones, entre otras, las que a continuación se describen.

- a. Decidir la acción y la política generales de la OEA y dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de sus órganos

40 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987.

Con base en esta función, la Asamblea General puede solicitarle los miembros del SIDH que se coordinen para determinadas cuestiones con otras entidades o que realicen algunas actividades específicas, influyendo así en su agenda.

A modo de ejemplo, por medio de la Resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) de 2014, la Asamblea General le requirió a la CIDH que se coordinara con la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral –parte de la OEA– a fin de continuar apoyando a los Estados en la promoción y la aplicación de los compromisos estatales y empresariales en materia de derechos humanos y empresas. Sobre este mismo punto, unos años después la Asamblea General le requirió a la CIDH realizar un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos.⁴¹

b. Aprobar el programa-presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los Estados miembros

Esta función tiene especial relevancia frente al financiamiento del SIDH y su efectivo funcionamiento. Así, durante los últimos años, tanto la Corte Interamericana como la CIDH –particularmente– solicitaron mayores fondos para poder realizar correctamente sus funciones. Esto tuvo como respuesta la decisión en 2017, de la Asamblea General, de duplicar los recursos del Fondo Regular del sistema interamericano en los próximos tres años⁴².

41 Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de 2016 y proyecto de Resolución AG/doc.5580/17 de 2017, de la Asamblea General.

42 CIDH. *CIDH y CorteIDH agradecen a la Asamblea General decisión sobre incremento presupuestario*, comunicado de prensa, 22 de junio de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/083.asp>

Otra forma de influir en la labor de los órganos del SIDH por parte de la Asamblea General está dada en los artículos 36 y 53 de la Convención Americana, los cuales determinan que es esta la encargada de elegir a los y las integrantes de la Comisión Interamericana así como de la Corte IDH. Igualmente, los artículos 39 y 60 de la CADH establecen que la Asamblea General deberá aprobar los estatutos de ambos organismos; asimismo, los artículos 41.f y 65 obligan a la CIDH y a la Corte Interamericana a rendir un informe anual ante la Asamblea General.

Finalmente, esta última también puede modificar la sede de la Corte IDH –artículo 58 de la Convención Americana– y debe aprobar su presupuesto según lo señalado en el artículo 72 de la CADH; además, el artículo siguiente le encarga resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la CIDH o de la Corte según sus estatutos, pero solo a pedido de dichos órganos.

III. Efectos de las transformaciones del sistema interamericano a nivel internacional

Las mencionadas modificaciones en el SIDH, entre otras que no se pudieron analizar en este documento, han producido grandes efectos a nivel interamericano; en particular, frente al litigio. Así, durante los últimos años, la participación de los Estados y de los particulares ante el SIDH ha cambiado, adquiriendo un mayor grado de complejidad y profundidad. Aquí me centraré en analizar algunos de estos cambios.

1. El rol de los Estados

A la par de la consolidación del sistema interamericano, comenzó a surgir una conciencia social sobre las violaciones de derechos humanos; además, aumentó el impacto interno y comparado de la declaración de responsabilidad por dichas violaciones. Así, el rol de los Estados frente a los casos individuales presentados en su contra en el SIDH se ha perfeccionado y profundizado, mejorando su defensa. Asimismo, se ha aceptado que hacer reconocimiento de responsabilidad es una estrategia de litigio válida y buscada.

De esta manera, los países de la región han comenzado a crear agencias y entidades específicas para su defensa, con equipos especializados en derecho internacional e interamericano. Sin ir más lejos, Colombia estableció en 2011⁴³ la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con la misión de ser líder en ese ámbito “a través de la generación de conocimiento que permita [...] fortalecer la defensa de los intereses litigiosos del Estado”.

Continuando con el ejemplo de ese país andino, conjuntamente con la profesionalización de su defensa, se ha observado una mayor disposición del mismo por reconocer las violaciones a derechos humanos y buscar soluciones amistosas. El caso Duque contra Colombia⁴⁴ es ejemplo de estos dos fenómenos unidos, siendo que dicho Estado reconoció la existencia de un “hecho ilícito internacional continuado”; sin embargo, también expresó que la vulneración ya había cesado y que lo “relevante en este punto es analizar si (a) cesó el hecho, (b) cuándo cesó y (c) qué incidencia tiene esta cesación para el pronunciamiento” de la Corte IDH. Aunque esta no aceptó la excepción preliminar, sí

43 Congreso de la República. *Ley 1,444*, Colombia, 2011.

44 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de febrero de 2016.

tuvo en cuenta el planteo estatal al momento de determinar las sanciones, siendo uno de los pocos casos donde no se ordenaron garantías de no repetición.

Este cambio de postura por parte de los Estados también ha repercutido en la labor de los representantes de los peticionarios, quienes deben ser competentes argumentativamente no solo para probar las violaciones de derechos humanos sino también para poder replicar dicho reconocimiento, cuando corresponda. Algunas interrogantes que se generan en este tema pueden ser el siguiente par: ¿Qué sucede si a nivel internacional el Estado reconoce una vulneración, pero a nivel nacional continúa con la misma en forma implícita? ¿El reconocimiento implica la falta de responsabilidad total o parcial de Estado?

2. La carga probatoria y argumentativa

En los últimos años se ha observado, por parte de la Corte IDH, un mayor nivel de exigencia frente a la prueba de los hechos y las violaciones denunciadas. En un reciente caso contra Colombia⁴⁵, ante al argumento de falta de participación de las víctimas en el proceso penal de justicia y paz, la Corte Interamericana expresamente manifestó que “[e]n cuanto a la supuesta falta de participación por carecer de competencia para realizar directamente ante la magistratura la solicitud de exclusión de los postulados, la Corte nota que los representantes **no explicaron por qué motivo ello constituye una violación a los derechos a las garantías judiciales contenidas en la Convención Americana**”⁴⁶.

45 Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto 2017.

46 El resaltado es de la autora.

Este aumento de los requisitos argumentativos y probatorios tiene como efecto el tecnicismo del proceso y la necesidad de que el litigio interamericano sea llevado adelante por profesionales cada vez más especializados en estándares de derechos humanos, en particular del sistema interamericano, tanto en cuestiones de fondo como de forma. Así las cosas, no sorprende que en los últimos años hayan aumentado los diplomados, las especializaciones, los cursos y demás estudios de posgrado, específicamente enfocados en el litigio ante el SIDH.

3. El análisis del litigio nacional

Íntimamente relacionado con lo anterior, en los últimos años la Corte IDH ha comenzado a analizar con mayor detenimiento la labor del peticionario en el litigio nacional al momento de analizar el plazo razonable para que el Estado responda. Dicha teoría, que data de 1997⁴⁷, inicialmente analizaba si el peticionario había realizado las intervenciones en los procesos internos que le era razonablemente exigibles; en la actualidad implica que la Corte Interamericana analice, por ejemplo, si las acciones de los interesados a nivel interno apuntaban a producir la dilación injustificada del proceso o a proteger sus derechos a la obtención de la verdad procesal y su derecho de acceso a la justicia, estudio que llevó adelante en el caso *Vereda de Esperanza contra Colombia*⁴⁸.

Así las cosas, no resultaría extraño que se negara una pretensión cuando el peticionario nivel nacional no hubiera

47 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de enero de 1997.

48 Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de diciembre del 2016; y Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza*....

mostrado una diligencia suficiente; o, por el contrario, hubiera demostrado su intención de obstaculizar la labor judicial por medio de la interposición de recursos improcedentes.

Por otro lado, frente al agotamiento de los recursos internos, la Corte IDH también ha comenzado a ser más estricta en su análisis y, desde el caso *Wong Ho Wing contra Perú*⁴⁹, ha cambiado su jurisprudencia para determinar que el plazo para analizar si existían recursos que debían haber sido interpuesto no es la fecha de presentación del caso ante la CIDH, sino cuando el mismo es admitido por esta.

Paralelamente, en el citado caso *Duque contra Colombia* el Estado argumentó la falta de agotamiento de la vía interna visto que –aparte de la acción de tutela que había interpuesto el peticionario– existían otros recursos que podía agotar. La Corte Interamericana negó la pretensión entendiendo que “la acción de tutela planteada [...], la cual buscaba un reconocimiento de la pensión de sobrevivencia y también un acceso a una prestación regular de un servicio médico, podía ser el recurso adecuado y efectivo para cumplir con las dos finalidades perseguidas, sin perjuicio de que existieran otros recursos ordinarios específicos para solicitar la pensión de sobrevivencia [...]. En este caso, es razonable concluir que, de todos aquellos disponibles, la tutela era un recurso acorde a la situación de urgencia en la cual podría encontrarse el señor Duque”.

Aunque en el caso puntual la Corte IDH rechazó la pretensión, es importante tener presente este precedente visto que comienza a evidenciar cómo la discusión sobre este punto se está complejizando. Asimismo, es bueno tener en cuenta que la Corte

49 Corte IH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de junio de 2015, Serie C N° 297, párr. 25.

Interamericana ha cambiado su conformación unos meses luego de dicha decisión.

De esta forma, en la actualidad es fundamental que el proceso nacional sea llevado adelante en forma diligente por el peticionario y que, al momento de presentar el caso, se profundice la argumentación y la defensa frente a la labor procesal y al agotamiento de la vía interna, teniendo especial cuidado en los recursos que puedan haber surgido entre la presentación y la admisión del caso ante la CIDH. Este último punto tiene especial relevancia frente a los nuevos derechos que están comenzando a ser tutelados y la multiplicidad de acciones que existen a nivel nacional.

4. La necesidad de encontrar aspectos novedosos

Finalmente, como ya hemos visto previamente, el actual artículo 45 del Reglamento de la CIDH determina que al momento de analizar el sometimiento de un caso es necesario estudiar la obtención de justicia, en lo que tiene una fuerte relevancia la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema así como el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Así las cosas, para lograr que un caso sea analizado por la Corte IDH es necesario encontrar derechos o facetas de derechos no analizados previamente, conllevando una labor investigativa más aguda e innovadora no solo frente a “nuevos” derechos – como los DESC– sino a nuevas facetas dentro de derechos ya analizados – cómo debe ser realizada una autopsia, por ejemplo– y nuevos sujetos de protección⁵⁰.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo*.... Por ejemplo, en este la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia de 2001 –casos Baena Ricardo y otros

Existen varios mecanismos para hacer este estudio, como acudir a doctrina o sistemas de protección de derechos humanos comparados. A modo de ejemplo, el sistema africano ha evidenciado grandes avances en la protección de comunidades indígenas, así como el europeo en cuestiones de igualdad.

En definitiva, el avance en la protección de derechos humanos del SIDH, por un lado complejiza la labor; pero, a la par, permite un mayor grado de flexibilidad y originalidad por parte de los litigantes. Lo que hace algunos años parecía imposible, como por ejemplo el derecho a la estabilidad laboral, ahora ya es una realidad. La pregunta que un litigante se debe hacer ahora es qué falta.

Conclusión

Luego de 40 años de vigencia de la Convención Americana y a 30 de la primera sentencia contenciosa, es evidente que el sistema interamericano ha madurado y ha entrado a una nueva etapa de su vida. Varios factores fueron los causantes de esta transformación y también varios sus efectos.

Frente a las causas, se observa que el recambio de los integrantes de sus órganos le ofreció al SIDH un dinamismo especial facilitando el cambio de posturas, ideas y visiones de derechos. A la par, la creación de nuevas áreas de trabajo –en particular en la CIDH– permitió la profundización del estudio de derechos y grupos poblacionales puntuales históricamente

contra Panamá– y de 2007 –Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz contra Perú– determinando que “*el ámbito de protección del derecho de libertad de asociación en materia laboral no sólo se encuentra subsumido a la protección de los sindicatos, sus miembros y sus representantes*”, incluyendo a federaciones y confederaciones.

relegados, discriminados y vulnerados. Así, aunque en la actualidad nos resulta normal hablar de cuestiones de género, no podemos negar la influencia que ha debido tener la CIDH gracias a sus más de quince informes sobre la materia; el primero, de 1998. Lo mismo pareciera suceder con la reivindicación de las culturas ancestrales y las sentencias de la Corte IDH sobre las comunidades indígenas.

El tercer factor que ha permitido que el sistema interamericano madurara, se presenta en el acumulado de sentencias sobre temas específicos –como por ejemplo el derecho a la verdad, la regulación de las amnistías o el deber de investigar– lo que permitió precisar y ampliar el marco de protección de los derechos humanos. Sin embargo, este acumulado no ha implicado el estancamiento del SIDH sino que –a la par– la Corte IDH se ha permitido desarrollar su jurisprudencia sobre cuestiones nuevas, configurándose así el cuarto factor de cambio interno.

Externamente, los Estados también han influenciado la agenda del sistema interamericano tanto en forma directa –por medio de la solicitud de opiniones consultivas– o indirectamente a través de la incidencia en la Asamblea General la OEA.

Ahora bien, esta transformación del SIDH llevó –como era previsible– al cambio de estrategia de los Estados y de los particulares; en concreto, frente al litigio interamericano. De esta forma, el Estado comenzó a ser un actor activo que presenta argumentaciones complejas y fundamentadas. Asimismo, se ha comenzado a requerir un mayor nivel de profesionalismo también a los peticionarios, aumentando la carga probatoria y argumentativa así como mediante análisis más exhaustivos del litigio nacional. Finalmente, la necesidad de la Corte IDH de considerar nuevos aspectos de derechos humanos ha permitido un mayor grado de originalidad en los casos presentados.

De esta forma, al igual que un borgoña de 1978 –que se debe tomar con nuestro mejor traje y en una mesa puesta con cubiertos de plata– el nuevo sistema interamericano nos obliga a adelantar investigaciones y presentaciones más serias, maduras y profesionales, aumentando el nivel de complejidad y sofisticación de la discusión. ¡A brindar!

**Análisis de la evolución jurisprudencial
del artículo 21 de la Convención Americana de
Derechos Humanos**

*Alejandro Díaz Pérez**
*Daniela Aguirre Luna***

Introducción

En el presente artículo se pretende reflexionar y analizar pormenorizadamente la manera en que ha evolucionado la interpretación y el alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH), con especial énfasis en la transformación de la concepción del derecho a la propiedad colectiva como la vía más importante para el reconocimiento y la protección del territorio ancestral de los pueblos indígenas del continente.

De esta forma, la protección efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte

* Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México; master en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España; especialista en Derechos Humanos y master en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España; exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; actualmente es abogado en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

** Licenciada en Derecho y maestra en Derechos Humanos con mención honorífica, Universidad Autónoma de Chihuahua, México; exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; actualmente es abogada en el Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez”, con sede en la Ciudad de México.

Interamericana o Corte IDH) a la propiedad colectiva ha tenido una relevancia fundamental, habida cuenta de que en la región de las Américas existen 522 pueblos indígenas que van desde la Patagonia hasta el norte de México, pasando por distintas áreas geográficas como la Amazonía, los Andes, el Caribe continental, la Baja Centroamérica y Mesoamérica.

En ese contexto, marcado por la celebración del cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana, resulta imprescindible meditar sobre los estándares construidos por la Corte IDH en este tiempo, desde el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua hasta la decisión más reciente en el caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil.

Asimismo, es preciso explorar las posibles líneas jurisprudenciales que de forma incremental deben irse construyendo para la consolidación del sistema interamericano y del *corpus juris* de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas de la región que permita dotar de pleno efecto útil a la CADH.

I. Evolución del concepto de propiedad

El concepto de derecho a la propiedad privada contenido en la Convención Americana, ha sufrido una profunda y necesaria transformación que amplifica el entendimiento clásico de los derechos individuales que habían sido el eje de la comprensión y el fundamento de los derechos humanos; asimismo, ha transitado a una visión que clarifica la dimensión y la importancia de la protección de los derechos de naturaleza colectiva.

El punto de partida que puede explicar la transformación del entendimiento de la propiedad colectiva, parte de los debates mismos sobre dos conceptos: el del pluralismo y el del multiculturalismo. En tal sentido, el pluralismo se refiere a la oposición a cualquier postura monista y designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de los grupos étnicos que mantienen un estilo propio de vida.

En cuanto al multiculturalismo, este guarda relación con la importancia de construir formas efectivas de igualitarismo entre aquellos grupos o comunidades étnicas que sean cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes y con la de valorar positivamente la diversidad sociocultural, teniendo como punto de partida el que ningún grupo debe perder su cultura o identidad propia.

Ese origen del entendimiento de una visión más amplia de conceptos, como la propiedad, que además implica un debate sobre la propia concepción de la fundamentación de los derechos, constituyó la base sobre la cual la Corte IDH habría dado una interpretación evolutiva al artículo 21 de la CADH.

Tomando como premisa la especial relación que guardan los pueblos indígenas con sus tierras y territorios ancestrales, los órganos regionales han adoptado una interpretación evolutiva de estas disposiciones que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad. En 1991, la Corte Interamericana resolvió el primer caso contencioso en materia de derechos de pueblos indígenas¹; sin embargo, fue hasta el 2000 cuando emitió su primera resolución sobre el derecho a la propiedad comunal en el caso Awas Tingni contra Nicaragua. En

¹ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (Fondo), sentencia del 4 de diciembre de 1991.

este, la Corte IDH comenzaría a dar contenido al artículo 21 de la Convención Americana, con relación a la propiedad indígena. Desde entonces, en sus subsecuentes sentencias en la materia, ha logrado consolidar una importante jurisprudencia relativa al derecho de propiedad de pueblos indígenas y tribales.

Dicha jurisprudencia es resultado de una interpretación evolutiva con observancia de las normas de interpretación de la Convención Americana contenidas en su artículo 29, así como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT².

Derivado de este estándar de interpretación, la Corte IDH ha establecido que el artículo 21 de la CADH “protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos

2 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 161.

incorporales que se desprendan de ellos”³. De tal forma, esta entidad expresa su comprensión sobre la cosmovisión indígena y tribal, haciendo de la vital relación de dichos pueblos con su territorio la motivación de la protección de su derecho de propiedad; además, reconoce que tal protección es necesaria para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales⁴.

Bajo la misma línea, la Corte Interamericana reconoce la propiedad colectiva del territorio centrada en la comunidad y reflexiona que la concepción indígena de la propiedad no necesariamente corresponde a la noción clásica. Al respecto, esta última reflexión puede resultar imprecisa puesto que la cosmovisión indígena y la relación comunitaria con el territorio reflejan, más bien, que su noción de propiedad es opuesta a la occidentalizada. No obstante lo anterior, la Corte IDH es clara en señalar que ambas concepciones de propiedad merecen la misma protección del artículo 21 de la Convención Americana en los siguientes términos: “[d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos”⁵.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido su jurisprudencia acerca del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y el deber de los Estados a proteger tal derecho, afirmando que “[a] la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

3 Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de octubre de 2015, párr. 100.

4 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 102.

5 *Ibid.*

así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un *corpus juris* [sic] que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígena”⁶.

Avanzando en la consolidación jurisprudencial, la Corte IDH ha enfatizado que –entre las características especiales del derecho de propiedad de las comunidades indígenas– debe entenderse que los “titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva”⁷.

Así, los pueblos originarios tienden a tener modos de vida y una cosmovisión que implica estar conectados integralmente con el territorio, en tanto “[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁸.

Asimismo, ha insistido en que la preservación de la conexión entre los pueblos indígenas y sus territorios está ligada a

6 Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras...*, párr. 103

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, 30 de diciembre de 2009, párr. 62.

8 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135.

la sobrevivencia de los primeros⁹. Por lo tanto, el derecho internacional y la jurisprudencia interamericana exigen que el Estado deba “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”¹⁰.

En suma, la jurisprudencia también se ha alimentado de otros instrumentos que tratan sobre la materia –sean del derecho internacional o nacional– incluidas, en un dialogo jurisprudencial multinivel, decisiones de otros tribunales para dar contenido tanto al deber de los Estados de proteger la propiedad de los pueblos indígenas a sus territorios, como al propio derecho.

II. Obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de las comunidades indígenas

La Corte IDH ha señalado que el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales, se deriva del uso y ocupación ancestral de la tierra y de los recursos que son necesarios para la supervivencia de estos pueblos y de sus integrantes. Asimismo, del uso y ocupación por largo tiempo de una comunidad indígena o tribal sobre su territorio, deriva la obligación estatal de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar, el derecho de propiedad comunal¹¹.

En ese sentido, debe entenderse que el derecho de propiedad ancestral se reconoce y garantiza mediante el uso y la

9 Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 91.

10 *Ibid.*, párr. 92.

11 Cfr., *ibid.*, párr. 96.

posesión a través de los años¹². Bajo ese tenor, el derecho al territorio existe previo a cualquier proceso de titulación y debe reconocerse, protegerse y garantizarse sin necesidad de que exista formalmente un título estatal. Por ello, la posesión de los indígenas sobre sus tierras ancestrales “tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y “otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”¹³.

Por otro lado, la Corte Interamericana también ha reconocido que la relación de una comunidad indígena o tribal con su territorio puede expresarse de distintas maneras, según la cultura y circunstancias de cada comunidad. En ese sentido, la relación no puede limitarse al lugar de vivienda sino que se extiende a lugares con los que la comunidad tiene lazos espirituales o ceremoniales, además de las tierras y recursos parte de su supervivencia como pueden ser lugares de cultivo, caza, pesca y recolección, ya sea de forma sedentaria o nómada¹⁴.

Bajo esta línea, el derecho de propiedad abarca la totalidad de la zona geográfica donde la comunidad realiza sus actividades¹⁵, incluyendo los territorios y recursos que ahí se encuentran¹⁶. Sin defecto de lo anterior, el artículo 14.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169), estipula el derecho de las comunidades a utilizar las tierras “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las

12 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 127.

13 *Ibid.*, párr. 128.

14 Cfr., *ibid.*, párr. 131.

15 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153.

16 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párr. 135.

que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, parámetro que la propia Corte IDH ha asumido en sus decisiones.

Por otro lado, sobre el uso y disfrute de su territorio, la Corte Interamericana ha señalado que las comunidades indígenas y tribales tienen el derecho “a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal”¹⁷.

En ese contexto, bajo las normas del derecho internacional de los derechos humanos, es deber de los Estados tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos han ocupado tradicionalmente así como para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y de posesión¹⁸.

Al respecto, en el caso Comunidad Moiwana contra Suriname la Corte Interamericana dispuso que el Estado debería adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad el derecho de propiedad de sus territorios tradicionales, agregando que dichas medidas deberían incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular esas tierras¹⁹. De igual forma, en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua estimó que, “a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna

17 Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 48.

18 Por ejemplo, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

19 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de junio de 2015, párr. 209.

Awás Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal²⁰.

Estos estándares muestran que, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana es enfática al determinar que las medidas para asegurar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas deben incluir la delimitación, la demarcación y la titulación de sus tierras; además, la Corte IDH establece que dichas medidas deben tomar en cuenta el derecho consuetudinario de las comunidades, así como sus valores, usos y costumbres.

La finalidad de que las comunidades indígenas obtengan títulos sobre sus territorios, así como la demarcación y delimitación de estos por parte del Estado, es la de garantizar el uso y el goce permanente de sus tierras; si bien basta con la posesión ancestral para acreditar la propiedad de dichos territorios, el Estado tiene la obligación de proporcionar títulos de propiedad con el fin de brindar certeza jurídica a las comunidades y proteger la propiedad. Es en ese sentido que la Corte Interamericana ha establecido que el reconocimiento de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, debe materializarse mediante el otorgamiento de títulos sobre su propiedad; además, ha afirmado el derecho de las comunidades a que el Estado demarque, delimite y titule su territorio²¹.

Sin embargo, la jurisprudencia interamericana no ha dado mayor contenido sobre lo que debe entenderse por delimitar, demarcar y titular, ni ha descrito con profundidad los mecanismos idóneos para llevar a cabo tales procesos; únicamente ha señalado que los mecanismos a emplear deben ser efectivos y con base en

20 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awás Tingni...*, párr. 153.

21 *Cfr.* Corte IDH. *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 109.

la costumbre de la comunidad indígena o tribal interesada. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha señalado que “[e]l contenido de las distintas etapas de delimitación, demarcación y titulación no ha sido desarrollado por la jurisprudencia interamericana. Tal contenido deberá ser regulado por los Estados de conformidad con sus propias particularidades y tradiciones jurídicas, pero las medidas adoptadas deben sin embargo cumplir con los lineamientos interamericanos²²”.

Sobre la certeza jurídica del título de propiedad, la jurisprudencia de la Corte IDH establece que este debe ser reconocido y respetado en la práctica y en el derecho interno, a fin de salvaguardar dicha certeza²³; y es justamente la certeza jurídica del título de propiedad, la que debe establecerse de forma tal que proteja el territorio de la comunidad frente a terceros y frente al propio Estado.

En ese sentido, pese a que exista un título de propiedad, la falta de demarcación potencializa los conflictos con terceros; inclusive con comunidades indígenas vecinas que, de buena fe, pueden confundir sus límites. Dichos conflictos pueden llegar a ser graves y violentos, poniendo en riesgo no solo el derecho al disfrute de la propiedad, sino otros derechos como la vida y la integridad personal. Finalmente, las comunidades pueden llegar a verse obligadas a desplazarse de su territorio a causa de la violencia, como sucedió a la comunidad indígena Sawhoyamaxa²⁴.

22 CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, párr. 102.

23 Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek...*, párr. 115.

24 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*, párr. 127.

III. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas frente a terceros y el derecho a la recuperación de sus territorios

Más de un siglo después de la enajenación del Chaco Paraguayo, en la culminación de procesos emprendidos para recuperar su territorio los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek llegaron a la Corte Interamericana. Las resoluciones de estos –fundamentales para el desarrollo jurisprudencial en la materia– enfatizaron el derecho de las comunidades indígenas a recuperar sus territorios ancestrales, de los cuales fueron despojadas contra su voluntad y sin reparación alguna²⁵.

En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que cuando la propiedad privada de los particulares y la propiedad privada de las comunidades indígenas se encuentran en conflicto, este debe resolverse conforme a los principios que rigen las limitaciones de los derechos humanos. Asimismo, de manera reciente en la resolución del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil señaló que:

El saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de

25 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010.

territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho²⁶.

Aunado a lo anterior, la Corte IDH ha insistido en que en todos los casos las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos de propiedad, deben ser: a) establecidas por la ley, b) necesarias; c) proporcionales; y, d) con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática²⁷.

De esta forma, la Corte Interamericana estableció –en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay– que cuando una de estas comunidades es despojada de su territorio y el título de propiedad sobre este ha sido legítimamente transferido a terceros de buena fe, la colectividad afectada tiene el derecho de recuperar sus tierras u obtener otras de igual extensión y cantidad²⁸.

Como sucedió en los casos del Chaco Paraguayo, el que las tierras ancestrales de las comunidades se trasladen de un propietario a otro y estén debidamente registradas no es obstáculo para que las comunidades recuperen su territorio y los Estados reconozcan su derecho de propiedad²⁹. Por ello, en cada caso debe realizarse un ejercicio de ponderación a la luz de los estándares de legalidad, necesidad, proporcionalidad y objetivo legítimo en una sociedad democrática, teniendo en cuenta las especificidades de la comunidad indígena respectiva; además, debe considerarse la importancia vital que el territorio ancestral representa para los pueblos indígenas y tribales como eje transversal.

26 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2018, párr. 124.

27 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párrs. 145 a 148.

28 Cfr. Corte IDH. *Sawhoyamaxa vs. Paraguay...*, párr. 128.

29 *Ibid.*, párr. 137.

De igual forma, la Corte IDH también estableció que el hecho de que las tierras que las comunidades reclaman como ancestrales estén siendo explotadas productivamente o el que existan tratados internacionales bilaterales de inversión en vigor que protejan a los propietarios de las tierras reclamadas, no son razones suficientes para negar el derecho a la propiedad y recuperación territorial³⁰.

Sobre el último supuesto, en el caso *Sawhoyamaya* el Estado argumentó la existencia de un tratado bilateral con Alemania como impedimento para la restitución de los territorios; sin embargo, la Corte IDH señaló que tal tratado “permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa de utilidad o interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas”³¹.

En cuanto a la vigencia del derecho a recuperar el territorio ancestral, la jurisprudencia interamericana señala que cuando la comunidad se ve imposibilitada de mantener su relación con la tierra o de llevar a cabo las actividades tradicionales, a causa de impedimentos u obstáculos ajenos a su voluntad, el derecho a la recuperación persiste hasta que las causas desaparezcan³². En concreto, mientras la relación única de la comunidad con su territorio exista, “el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”³³.

A pesar de lo anterior, el derecho a la restitución de los territorios ancestrales no es absoluto. Además de la ponderación ya referida, la jurisprudencia mencionada establece límites que deben entenderse como excepcionales; en tal caso, procederá la reparación mediante la entrega de tierras de alternativas:

30 *Cfr.* Corte IDH. *Sawhoyamaya Vs. Paraguay...*, párrs. 136, 137 y 140.

31 *Ibid.*, párr. 140.

32 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 132.

33 *Ibid.*, párr. 131.

Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (supra párrs. 131, 135 y 139).

Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que

cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas³⁴.

Respecto a la entrega de tierras alternativas, la Corte IDH ha sido contundente al señalar que únicamente procede cuando los Estados se ven imposibilitados –por motivos objetivos y fundamentados– a restituir los territorios ancestrales. En ese sentido, el Estado debe demostrar la imposibilidad de la restitución³⁵. Al respecto, se produce una gran afectación a la comunidad al perder el territorio con el que tiene un profundo vínculo espiritual; daño que, desde luego, no se repara entregando otras tierras.

34 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párrs. 149 y 150.

35 *Ibid.*, párr. 136.

IV.Obligaciones estatales en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones que afecten territorios ancestrales

Un gran número de pueblos indígenas y tribales poseen territorios ancestrales ricos en recursos naturales: plantas y animales de todo tipo, ríos, lagos y diversos recursos que se encuentran en el subsuelo; “[e]l deseo de tales recursos por la sociedad no indígena ha resultado históricamente en la remoción, la destrucción y el exterminio de muchas comunidades indígenas”³⁶. En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ha buscado proteger los territorios indígenas de ser afectados por proyectos y concesiones que se otorguen sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio ancestral, así como garantizar el derecho de las comunidades a acceder a estos.

Asimismo, se ha buscado proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a un medio ambiente sano como lo establecen los numerales 4.3, 7.3 y 7.4 del Convenio 169; aunque no sean vinculantes, también lo dispone la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su numeral 29 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en sus artículos XIX y XXVI.

En tal sentido, en cuanto a la titularidad de los recursos naturales que existen en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha dispuesto que:

[L]os integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin

36 CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, párr. 179.

ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados³⁷.

Es decir, la jurisprudencia ha enfatizado que el artículo 21 de la Convención Americana protege la propiedad sobre los recursos naturales que las comunidades han utilizado tradicionalmente y que constituyen parte de su forma de vida, de manera que sin ellos la supervivencia y desarrollo de la comunidad estaría en riesgo. Por lo anterior, es necesario determinar cuáles son los recursos necesarios para la supervivencia del modo de vida de las comunidades³⁸.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha establecido que la emisión de concesiones que dañan el ambiente y deterioran las tierras y recursos que los pueblos indígenas han usado ancestralmente, constituye una violación al artículo 21 de la CADH³⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que la emisión de concesiones que dañan el ámbito del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [al pueblo], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones⁴⁰.

37 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka...*, párr. 121.

38 *Ibid.*, párr. 122 y 123.

39 *Ibid.*, párr. 148.

40 *Ibid.*, 134.

Por esta razón, cuando se trata del derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas y tribales, también debe entenderse que para que una limitación o restricción a ese derecho pueda considerarse justificarse, El Estado se encuentra obligado a verificar que dichas restricciones o limitaciones no implican una denegación en su subsistencia como pueblo⁴¹.

Sobre el particular, para que un proyecto de extracción, de desarrollo o a gran escala no implique la denegación de la subsistencia de un pueblo o comunidad indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar sino asegurar las siguientes salvaguardias: a) realizar un estudio de impacto social y ambiental; b) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta del pueblo indenegación en su subsistencia –entre otros supuestos– en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; y, c) compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación según lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones⁴².

En cuanto al deber de realizar un estudio de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio 169 dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

41 *Ibid.*, párr. 128.

42 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras...*, párr. 156.

En consonancia con el Convenio 169, en el caso Pueblo Saramaka contra Surinam la Corte IDH resolvió que “el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁴³. De lo anterior se desprende que el estudio debe ser de índole ambiental y también social, que debe ser realizado y concluido de manera previa a cualquier concesión dentro del territorio ancestral, y que debe ser realizado por entidades independientes y con capacidad técnica bajo la supervisión del Estado.

Asimismo, en la interpretación de la sentencia del anterior caso la Corte Interamericana detalló que los estudios previos de impacto social y ambiental (EISA) “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”⁴⁴; su objetivo no es solamente medir el impacto sobre el territorio y las personas, sino también “asegurar que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”⁴⁵.

Así también, señaló que dichos estudios deben realizarse conforme a estándares internacionales y buenas prácticas en la materia, respetando las tradiciones y la cultura de la comunidad cuyo territorio sea susceptible de verse afectado⁴⁶.

43 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname...*, párr. 129.

44 *Ibid.*, párr. 40.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, párr. 41.

Sobre el segundo principio, el derecho a la consulta ha tenido un amplio desarrollo a nivel internacional en donde, entre otras cosas, se ha establecido que tal derecho abarca la obligación de consultar a los pueblos originarios frente a políticas públicas impulsadas desde el Ejecutivo y tratándose de medidas de carácter legislativo que sean susceptibles de afectar a los pueblos originarios, tal como lo dispone el artículo 6.1(a) del Convenio 169.

Además de constituir una salvaguarda específica al derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la consulta es un principio general del derecho internacional⁴⁷. En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la consulta debe ser tomado en cuenta para garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos y comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador consideró lo siguiente:

Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los

47 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, párr. 164.

derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas⁴⁸.

En el mismo caso contencioso, la Corte IDH expresó que “[e]l reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁴⁹.

Sobre el momento adecuado para realizar una consulta, la Corte IDH resolvió que la misma debe efectuarse desde las primeras etapas de planificación de la medida a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes; debe ser: i) realizada con carácter previo, ii) de buena fe, iii) adecuada, iv) informada, v) culturalmente adecuada y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo⁵⁰.

48 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, párrs. 160 y 166.

49 *Ibid.*, párrs. 159 y ss.

50 *Ibid.*, párr. 178.

Ahora bien, respecto a la tercera garantía o salvaguardia del derecho a la propiedad que el Estado debe cumplir, sobre compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de acuerdo a lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones, la Corte IDH señaló que “La determinación de los beneficiarios deberá ser hecha en consulta con la comunidad, y no unilateralmente por el Estado”:

En caso de surgir algún conflicto interno entre los miembros de la comunidad sobre los beneficios que se produzcan, éste debe ser resuelto por la Comunidad, de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales⁵¹.

V. Reparación integral de las violaciones al derecho a la propiedad colectiva

Ante las numerosas violaciones al derecho a la propiedad que distintas comunidades indígenas del continente han sufrido, la Corte IDH se ha caracterizado por el desarrollo progresivo y la sofisticación de sus mecanismos de reparación integral siempre desde una visión colectiva.

Al respecto, en los casos Xákmok Kásek, Sawhoyamaya y Yakye Axa solicitó la devolución del territorio tradicional de la comunidad y, en su caso, otorgar tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros que más se acerque a la *restitutio in integrum*, por lo que dispuso que el Estado paraguayo debía adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros

51 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)..., párrs. 25 y 26

de dichas comunidades el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce.

En el caso Mayagna, la Corte Interamericana ordenó por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, que el daño inmaterial ocasionado debía además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria.

Por su parte, con relación a la comunidad Xucuru la Corte IDH dispuso que el Estado brasileño debía garantizar de manera inmediata y efectiva el derecho de propiedad colectiva del pueblo indígena sobre todo su territorio, de modo que no sufrieran ninguna intrusión, interferencia o afectación por parte de terceros o agentes del Estado que pudiesen menoscabar la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio⁵².

Como garantías de no repetición la Corte Interamericana ha insistido en ordenar la adopción de medidas de derecho interno que incluyan reformas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad.

Asimismo, con relación a medidas de compensación, la Corte IDH ha estimado apropiado analizar dichas medidas a la luz de la creación de un fondo de desarrollo comunitario como compensación por el daño material e inmaterial que los miembros de una comunidad han sufrido, enfatizando que dicho fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que le corresponda a los pueblos indígenas con motivo de los deberes generales de desarrollo del Estado.

52 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros...*, párr. 196.

En ese sentido, el fondo de desarrollo generalmente está destinado a: i) impulsar proyectos orientados a aumentar la productividad agrícola o de otra índole en la comunidad; ii) mejorar la infraestructura de la comunidad de acuerdo con sus necesidades presentes y futuras; iii) restaurar las áreas deforestadas; y, iv) otros que consideren pertinentes para el beneficio de las comunidades afectadas⁵³.

VI. ¿Hacia dónde debe ir la jurisprudencia relacionada con el artículo 21 de la CADH?

En el contexto del cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana, también resulta fundamental reflexionar sobre la dirección que debería tomar la jurisprudencia relacionada con el derecho a la propiedad colectiva.

Constituye una cuestión central el fortalecimiento progresivo de los estándares relacionados con los mecanismos efectivos que los Estados parte deben desarrollar para la delimitación, la demarcación y la titulación de la propiedad de los miembros de una comunidad indígena, tomando en cuenta el derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y sus costumbres.

En algunas jurisdicciones, estos problemas se exacerbaban en tanto cuando existen déficits de legislación. En ese sentido, puede observarse la existencia de ciertas fricciones en las normativas de tipo civil o agrario que a menudo son las que articulan el acceso a la titulación de un territorio y que en un análisis preliminar no serían compatibles con el artículo 21 de la Convención Americana. Ese punto específico podría ser un área de oportunidad a futuro para la jurisprudencia interamericana.

⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de octubre de 2015, párrs. 332 y 333.

Asimismo, sería apropiado que la Corte IDH tuviera la posibilidad de generar precedentes importantes en relación con las concesiones otorgadas a empresas privadas en caso de proyectos extractivos, de exploración o de desarrollo, habida cuenta de las obligaciones de proteger que los Estados tienen frente a terceros que pudieran violar derechos humanos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, es importante profundizar en estándares que obliguen a los Estados a establecer un mecanismo que permita evaluar la necesidad de una modificación a los términos de las mismas o la cancelación de concesiones de proyectos de gran escala o extractivos, en los casos que dichas actividades repercutan en la supervivencia física y cultural de comunidades y pueblos indígenas.

De igual forma, ante los debates contemporáneos existentes sobre si el derecho a la consulta previa como una salvaguardia específica de la propiedad colectiva debe garantizarse a través de una ley específica de consulta –que recoja los estándares más altos sobre dicha materia– y/o que los Estados estén obligados al menos a seguir el estándar de “consulta sobre la consulta”, como un deber derivado de la Convención Americana.

Reflexiones finales

La jurisprudencia interamericana desarrollada sobre el artículo 21 de la CADH ha sido profunda y ha adoptado una evolución progresiva, que ha definido de manera puntual las obligaciones a seguir por los Estados parte.

Este avance sustancial ha permitido una interpretación evolutiva del concepto de propiedad y fijar las obligaciones de

delimitación, demarcación y titulación de los territorios de las comunidades indígena; asimismo, la generación de estándares sobre el derecho de propiedad de los pueblos indígenas frente a terceros y el derecho a la recuperación de los territorios.

También, se han articulado sólidos pasos en relación con las obligaciones estatales en proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones que afecten territorios ancestrales, y especialmente la jurisprudencia sobre reparaciones integrales de las violaciones al derecho a la propiedad colectiva, que han sido ordenadas desde una perspectiva holística y de desarrollo comunitario.

No obstante lo anterior, también existen retos centrales que son necesarios abordar en el sistema interamericano para que se sigan produciendo altos estándares de protección del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, habida cuenta de las complejas problemáticas que enfrentan estas comunidades en el acceso a la justicia y la reparación en nuestra región.

A aplicação do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis

*Vitor Fonsêca**

1. Introdução

O objeto do presente estudo é a interpretação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre a aplicação do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Mais especificamente, delimitou-se o tema à aplicação do artigo 8º da CADH às causas cíveis.

O objetivo é saber se a jurisprudência da Corte IDH aplica o artigo 8º da CADH às causas cíveis (e em que medida). O fim específico é saber se o artigo 8º da CADH pode ou não ser um *standard* internacional para o processo civil ou se o artigo 8º da Convenção é de aplicação exclusiva do processo penal.

A importância da pesquisa é demonstrada pela enorme e vasta jurisprudência da Corte IDH sobre as garantias judiciais previstas no artigo 8º da CADH. Desde seus primeiros casos

* Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas.

contenciosos e entre vários pareceres consultivos¹, a Corte IDH sempre debruçou-se sobre a interpretação do artigo 8º da CADH. Demonstrar que o artigo 8º da CADH é também aplicável às causas cíveis significa conferir maior proteção de direitos humanos também no âmbito do processo civil.

Para tanto, iniciou-se discutindo a redação do artigo 8º da CADH e seus eventuais obstáculos para sua aplicação às causas cíveis. Seria possível ultrapassar a redação literal do artigo ao mencionar “pessoa acusada de delito” e “acusação penal”?

Após essa interpretação do texto do artigo, passou-se a analisar a evolução da jurisprudência da Corte IDH sobre a aplicação do art. 8º da CADH.

De início, demonstrou-se como os pareceres consultivos da Corte IDH trataram do tema em casos não-contenciosos.

Depois disso, passou-se a analisar a jurisprudência da Corte IDH sobre a aplicação genérica do artigo 8.1 da CADH às causas cíveis para, depois, focalizar os casos de aplicação do artigo 8.2 da CADH. A justificativa para essa divisão seria encontrar eventual tratamento diferenciado da jurisprudência da Corte IDH em relação à aplicação das garantias mínimas previstas no artigo 8.2 da CADH às causas cíveis.

Ao final, explica-se quais as consequências da aplicação ou não do artigo 8º da CADH às causas cíveis.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo OC-9/87*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo OC-11/90*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo OC-16/99*.

2. A Redação Do Artigo 8º Da CADH

A redação do artigo 8º. da CADH pode dar a impressão de fechar as portas para eventual aplicação das garantias judiciais ali previstas às causas cíveis. A redação do artigo 8.1 da CADH é a seguinte: “[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Além de tratar de “acusação penal” no artigo 8.1, o artigo 8.2 trata de direitos da “pessoa acusada de delito” (artigo 8.2), do “direito do acusado” (artigo 8.2.a, 8.2.c, 8.2.d), de “confissão do acusado” (artigo 8.3), de “acusado absolvido” (artigo 8.4) e até em “processo penal” (artigo 8.5).

Ao fazer tantas referências a “pessoa acusada de delito” e “acusado”, o artigo 8º da CADH limita aquelas garantias judiciais às causas penais?

Essa dificuldade diz respeito a uma interpretação meramente literal do artigo. Apesar de fazer referência a “acusação penal”, “pessoa acusada de delito” e “acusado”, o artigo 8.1, em sua parte final, fala em “ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Ou seja: as garantias judiciais devem ser respeitadas na acusação penal, mas também em causas não-penais para determinar direitos ou obrigações.

Deve-se perceber que o artigo 8.1 da CADH tem uma cláusula de abertura. Além de dizer que as garantias são aplicáveis às causas cíveis, trabalhistas ou fiscais, o mesmo artigo 8.1 diz que as garantias devem ser respeitadas para a determinação de

direitos ou obrigações “de qualquer natureza”. O artigo permite que as garantias judiciais previstas na CADH sejam aplicáveis em várias causas, e não apenas no rol taxativo de causas penais, cíveis, trabalhistas ou fiscais.

Assim sendo, se, por um lado, o artigo 8.2 da CADH parece ser um obstáculo à aplicação das garantias judiciais às causas cíveis – pois o artigo menciona “acusado” e “pessoa acusada de delito” -, ao mesmo tempo o artigo 8.1 da CADH abre essa possibilidade ao dizer expressamente que o artigo é aplicável na apuração de qualquer acusação penal, mas também em qualquer causa para determinar direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Vejamos agora como a competência consultiva da Corte IDH interpreta a aplicação do artigo 8º da CADH.

3. A aplicação do Artigo 8º da CADH às causas cíveis na competência consultiva

Em sua competência consultiva, a Corte IDH já vinha se manifestando pela possibilidade de aplicação do artigo 8º da CADH muito além das causas penais.

No Parecer Consultivo OC-9/1987, a Corte IDH havia entendido que, ao tratar de “garantias judiciais”, o artigo 8º da Convenção pode induzir à confusão de que estas garantias são consagradas apenas no meio “judicial” em sentido estrito. No entanto, segundo a Corte IDH, “o artigo 8º não contém um recurso judicial propriamente dito, mas o conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais”².

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo OC-9/87, § 27.

Esse mesmo entendimento foi repetido no Parecer Consultivo OC-11/1990³, quando a Corte IDH indicou, expressamente, que as devidas garantias do artigo 8.2 da CADH aplicam-se na determinação de direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, constantes do artigo 8.1 também da CADH. Segundo a Corte IDH, o indivíduo também tem direito ao devido processo que se aplica em matéria penal às causas não-penais.

Já na OC-17/2002⁴ a Corte IDH também decidiu aplicável o artigo 8º da CADH aos procedimentos judiciais ou administrativos “em que se decidem direitos das crianças”, devendo-se respeitar as garantias do juiz natural, do direito de recorrer e da presunção de inocência, por exemplo. O mais importante é que a Corte IDH não limitou, nesse caso, a aplicação do artigo 8º às causas penais.

Pode-se perceber, portanto, que a Corte IDH, em sua competência consultiva, já dava sinais de que a aplicação do artigo 8º da CADH não se restringia às causas penais. Pelo contrário, na OC-11/1990, há clara tomada de posição da Corte IDH sobre a aplicação do artigo 8º às causas cíveis, trabalhistas, fiscais ou de qualquer outra natureza.

Passamos agora à análise dos casos contenciosos da Corte IDH para aplicação do artigo 8º da CADH às causas cíveis.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo OC-11/90, § 28.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo OC-17-2002, §§ 115-134.

4. A aplicação do Artigo 8º da CADH às causas cíveis na competência contenciosa

Em sua competência contenciosa, a Corte IDH já entendeu muitas vezes ser aplicável o artigo 8º a causas não-penais⁵. São vários os casos envolvendo a aplicação do artigo 8º da CADH a causas cíveis, conforme os exemplos seguintes.

No Caso *Furlán Vs. Argentina*⁶, o centro das discussões foi uma ação cível de indenização. A Corte IDH foi chamada a se manifestar sobre a aplicação da garantia do prazo razoável em uma ação cível de indenização por danos. Um adolescente de quatorze anos adentrou um prédio abandonado do Exército argentino, onde não havia qualquer tipo de proteção, cerca ou obstáculo que impedisse o ingresso de crianças no local. O adolescente pendurou-se numa viga de 50kg e a peça caiu sobre sua cabeça, causando-lhe sequelas físicas e cognitivas. A ação cível foi proposta em 18/12/1990 e o pagamento dos danos somente se realizou em 12/03/2003. A Corte IDH entendeu que a resposta judicial (12 anos depois) não obedeceu à garantia do prazo razoável prevista no artigo 8º da CADH.

No Caso *Atala Riffo e filhas Vs. Chile*⁷, o objeto da discussão foi também uma ação cível. Mediante sentença judicial confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile, a senhora Karen Atala Riffo perdeu a guarda de suas três filhas em razão

5 Juan Carlos Hitters e Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, p. 466 e 485-491; Juana María Ibáñez, Artículo 8: garantías judiciales, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*, Coordenação de Christian Steiner e Patricia Uribe, La Paz, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 211.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlán Vs. Argentina*, §§ 147-148.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo e filhas Vs. Chile*, §§ 196-208.

de sua orientação sexual. Naquela ocasião, a Corte IDH entendeu que o artigo 8º da CADH aplicava-se a causas cíveis, inclusive quanto ao direito das crianças, filhas da ré, de serem ouvidas no processo.

Já no Caso *Lagos del Campo Vs. Peru*⁸ julgado em 2017, analisou-se um processo trabalhista. No caso, discutia-se a legalidade de uma demissão ocasionada após uma entrevista em que um trabalhador denunciou chantagens e coerções por parte do empregador. Após ser demitido por “falta grave”, o trabalhador recorreu à justiça trabalhista, mas perdeu em segunda instância. Os tribunais peruanos, porém, nunca deram atenção aos argumentos do trabalhador sobre sua estabilidade laboral.

Além disso, também a Corte IDH vem reiteradamente manifestando-se pela aplicabilidade do artigo 8º a julgamentos “não-jurisdicionais”, sejam de natureza política, administrativa ou eleitoral.

Discutia-se, no Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru⁹, a destituição de três magistrados dos cargos que ocupavam no Tribunal Constitucional do Peru. Segundo as provas dos autos, os juizes foram afastados pelo Congresso por motivos políticos. A Corte IDH entendeu que o procedimento de julgamento político ao qual foram submetidos os magistrados destituídos - julgamento conduzido e realizado pelo Poder Legislativo - não lhes assegurou as garantias do devido processo legal e não foi cumprido o requisito da imparcialidade do julgador previsto no artigo 8º da CADH.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*, §§ 173-191.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, §§ 66-85.

A Corte IDH estende as garantias do artigo 8º, outrossim, aos processos administrativos. Historicamente, aliás, o termo “tribunal” foi utilizado para incluir os tribunais de natureza jurisdicional e os de natureza administrativa, de modo a estabelecer o direito ao *fair trial* sempre que uma pessoa for acusada de um delito ou está sujeita a uma demanda de natureza civil, trabalhista, fiscal ou outra natureza¹⁰.

No Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá¹¹, a Corte IDH julgou a demissão de 270 servidores públicos e dirigentes sindicais por terem participado de protestos contra o Governo. A exoneração dos servidores foi realizada pela simples entrega de uma “carta” aos que participaram de um protesto contra a política governamental de direitos trabalhistas. A Corte IDH entendeu que, apesar de o artigo 8º fazer referência a “garantias judiciais” em seu título, sua aplicação não se limita aos recursos judiciais “em sentido estrito”, mas a um conjunto de requisitos que devem ser observados nas “instâncias processuais”. Ou seja: qualquer atuação ou omissão dos órgãos do Estado dentro do processo, seja administrativo sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal. Por isso, - concluiu a Corte IDH - ao impor a sanção de demissão, o Estado deve garantir ao trabalhador o “devido processo”, nos termos do artigo 8º da CADH, a ser garantido tanto em matéria penal como em matéria não-penal.

Do mesmo modo, no Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru¹², um israelense naturalizou-se peruano e se tornou sócio majoritário

10 Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal, *International protection of human rights*, Nova Iorque, Bobbs Merrill, 1973, p. 1366.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, §§ 122-125.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, § 104.

de um canal de televisão que fazia propaganda anti-governista. Um órgão administrativo, baseado em lei peruana posterior, tornou sem efeito o título da nacionalidade, razão pela qual Bronstein perdeu sua condição de sócio majoritário. A Corte IDH entendeu que mesmo órgãos administrativos - como um órgão de migrações e de naturalização - têm o dever de decidir sempre em respeito às garantias do devido processo, estabelecidas no artigo 8º da CADH.

Por fim, no Caso Yatama Vs. Nicarágua¹³, a Corte IDH teve que analisar se uma decisão administrativa do Conselho Supremo Eleitoral deveria ou não respeitar o artigo 8º da CADH. Tal decisão de natureza eleitoral excluiu os candidatos de um partido político regional indígena (Yatama) das eleições municipais do ano 2000. Segundo a Corte IDH, as decisões emitidas por órgãos internos em matéria eleitoral podem afetar o gozo de direitos políticos. Por isso, também nesse âmbito eleitoral, devem ser observadas as garantias do artigo 8º da CADH.

Verifica-se, então, que, apesar da redação do artigo 8.1 da CADH, a jurisprudência da Corte IDH entende que as causas não-penais também estão investidas de garantias judiciais¹⁴.

5. A aplicação das garantias mínimas do Artigo 8.2 da CADH às causas cíveis

Não bastasse o entendimento da Corte IDH de que o artigo 8.1 da CADH é aplicável às causas cíveis, a evolução da jurisprudência do tribunal demonstrou que mesmo as garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH seriam aplicáveis às causas cíveis.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicarágua*, § 150.

14 Fernando G. Jayme, *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 138.

O texto do artigo 8.2 da CADH dá a ideia de que aquelas garantias mínimas também são conteúdo exclusivo das causas penais. Logo no início do artigo 8.2 da CADH, lê-se que “[t]oda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Entre as garantias mínimas previstas nos incisos do artigo 8.2 da CADH, encontram-se textualmente as expressões “direito do acusado”, “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, entre outras. Todas as expressões, como se vê, falam de um “acusado” e de uma “acusação penal”, de uma presunção de inocência e de prova da culpa. Presume-se que essas garantias mínimas do art. 8.2 da CADH, então, sejam exclusivas das causas penais.

Essa presunção não se confirma. A jurisprudência da Corte IDH tem evoluído para aplicar gradualmente as garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH às causas cíveis. Não obstante a literalidade do artigo 8.2 ao enunciar “pessoa acusada de delito”, “acusado” e “acusação”, a Corte IDH entende serem aplicáveis às causas cíveis as garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH¹⁵.

O motivo é o seguinte: o artigo 8.1 dispõe que toda pessoa tem direito a ser ouvida, “com as devidas garantias”, para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. O artigo 8.1 não diz quais são as “garantias mínimas” aplicáveis às causas cíveis. A Corte IDH entende, então, que “o conceito de devidas garantias se aplica também a essas matérias e, por isso, nesse tipo de matérias o indivíduo tem direito também ao devido processo que se aplica em matéria penal”. Para saber se uma garantia é aplicável ou não,

15 Juan Carlos Hitters e Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. 2, v. 1, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 551-583.

porém, é preciso antes verificar as circunstâncias de cada caso e de cada ordenamento jurídico¹⁶.

No que se refere ao direito à presunção de inocência, o artigo 8.2 dispõe que “[t]oda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. À primeira vista, parece ser um direito exclusivamente exercido no processo penal, mas os precedentes da Corte IDH parecem indicar que qualquer “autoridade pública” – incluindo o juiz cível - deve respeitar o direito à presunção de inocência. A jurisprudência da Corte IDH caminha no sentido de ampliar a presunção de inocência para causas não-penais.

Esse direito foi exigido, por exemplo, em processos administrativos¹⁷, ocasião em que a Corte IDH definiu que a “presunção administrativa” é uma das garantias estabelecidas no artigo 8º da CADH¹⁸.

Em 2001, no Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá¹⁹, discutia-se a demissão de 270 servidores públicos. O Estado alegou que não seria cabível falar em “presunção de inocência” em processo contencioso-administrativo, pois se trataria de uma “garantia penal”. A Corte IDH respondeu que, em qualquer matéria, inclusive trabalhista ou administrativa, a administração

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo OC-11/90*, §§ 28 e 29.

17 Caio Paiva e Thimothie Aragon Heemann, *Jurisprudência internacional de direitos humanos*, Manaus, Dizer o Direito, 2015, p. 143-144.

18 Salvador Herencia Carrasco, *El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, Coordenação de Kai Ambos *et al.*, Berlim, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 361-364.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, § 126.

tem limites nos direitos humanos, pois “não pode a administração proferir atos administrativos sancionatórios sem conferir aos sancionados a garantia do devido processo”.

No Caso *López Mendonza Vs. Venezuela*²⁰, um prefeito foi considerado inabilitado para o exercício da função pública e considerado inelegível em razão de processo administrativo. Embora a Corte IDH não tenha encontrado provas de que administrativamente o prefeito tenha sido considerado “culpado” desde o início, a maior relevância desse caso é o fato de ter sido levada à Corte IDH uma violação do direito à presunção de inocência em processo de controle administrativo, e não penal.

Também se aplica às causas cíveis o “direito de defesa do acusado” (artigo 8.2.d, CADH). No Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru²¹, por exemplo, a Corte IDH invocou o direito de defesa para apontar que, num julgamento de juízes pelo Poder Legislativo, os réus não tiveram direito de participar do processo, pois: 1) não tiveram acesso ao conteúdo completo da acusação; 2) não tiveram oportunidade de contraditar o depoimento de testemunhas e nem puderam apresentar provas em contrário; 3) tiveram somente o prazo de 48 horas para se defender. A Corte IDH, no entanto, condenou ao final o Estado por violação genérica ao artigo 8º da CADH.

O Estado foi condenado por violação ao artigo 8.2 da CADH no Caso *Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*²². A Corte IDH considerou que a demissão de 270 servidores públicos, sem o

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendonza Vs. Venezuela*, §§ 126-133.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, §§ 78-85.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, §§ 129-134.

direito de defesa, teve graves consequências socioeconômicas para as pessoas demitidas e seus familiares e dependentes. Por isso, para a aplicação dessa sanção disciplinar, o Estado deveria garantir aos servidores o devido processo com as garantias do artigo 8.2 da CADH.

Já no Caso *Ivcher Bronstein Vs. Peru*²³ a Corte IDH condenou o Estado por violação ao artigo 8.2, mesmo se tratando de causa cível, e não penal. Nesse caso, um processo administrativo tornou sem efeito a naturalização da vítima, por suposta adulteração de documento. No entanto, o órgão administrativo nunca comunicou à vítima essa situação nem lhe permitiu explicar suas razões ou apresentar provas em contrário. A vítima foi impedida de intervir com pleno conhecimento de todas as etapas do processo administrativo. Por isso, com fundamento no artigo 8.2, a Corte IDH entendeu violado o direito de defesa.

Houve também condenação do Estado no Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*²⁴ pelo artigo 8.2 em hipótese de processo administrativo de deportação. A Corte IDH entendeu que, se a vítima puder ser deportada pelo Estado, deve lhe ser garantido o direito de defesa, previsto especialmente nos incisos “d” (direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor) e “e” (direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado) do artigo 8.2. Como já havia antes declarado, a Corte IDH entendeu que, em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique a deportação, expulsão ou privação de liberdade, “a prestação de um serviço público gratuito de defesa legal a favor delas [das vítimas] é necessária para evitar a vulneração do direito às garantias do devido processo”.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, §§ 101-116.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, § 145.

Verifica-se, assim, que a jurisprudência da Corte IDH evoluiu para aplicar as garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH também às causas cíveis.

No entanto, há críticas a essa aplicação do artigo 8.2 da CADH às causas cíveis. Diz-se que a jurisprudência da Corte IDH nunca foi clara em distinguir o que é uma “causa penal” ou uma “acusação penal”. Por outro lado, há casos em que as garantias mínimas do artigo 8.2 regulam diferentemente o devido processo nas causas penais. A ampla interpretação da Corte IDH exigiria dos Estados o estabelecimento de “todas as garantias mínimas em todo tipo de procedimento, o que, algumas vezes, parecerá excessivo”²⁵.

As críticas à aplicação generalizada das garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH às causas cíveis devem ser ouvidas com atenção. De fato, transportar às causas cíveis todas as garantias mínimas pode gerar excessos. Basta pensar, por exemplo, no “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado” (artigo 8.2.e, CADH). Se interpretada com rigor essa garantia mínima do art. 8.2, pode significar que todo réu revel em ações cíveis deve ter o direito de lhe ser nomeado um defensor.

Não parece, contudo, que a jurisprudência da Corte IDH pretende estabelecer “todas as garantias mínimas em todo tipo de procedimento”. Pelo contrário: no Parecer Consultivo OC-11/90, a Corte IDH discutiu se era necessário ou não nomear um advogado em caso de um indigente que não pode pagar advogado. Por isso, em competência consultiva, a Corte IDH discutiu se seria ou não sempre exigível, em causas não-penais, a aplicação do artigo 8.2.d e 8.2.e da CADH. A Corte IDH entendeu que “as circunstâncias

25 Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 285 e 291.

de um procedimento específico, seu significado, seu caráter e seu contexto em um sistema particular são fatores que fundamentam a determinação se a assistência jurídica é ou não necessária para o devido processo”. Ou seja: a conclusão da Corte IDH é a de que a aplicação do artigo 8º da CADH não é automática, pois depende de cada caso, para se saber se aquela garantia mínima é ou não necessária para o devido processo legal.

6. A reconstrução do conceito de devido processo legal e de juiz/tribunal

O estudo dos casos consultivos e contenciosos apresentados demonstrou que as garantias judiciais do artigo 8º da CADH aplicam-se a uma infinidade de causas não-penais. Há ainda dois efeitos dessa conclusão.

O primeiro efeito diz respeito ao conceito de devido processo legal. Parece haver concordância de que os Estados devem obedecer ao devido processo legal dentro do processo. No entanto, a jurisprudência da Corte IDH dá a entender que o devido processo legal não é exclusivo do processo jurisdicional²⁶. O devido processo legal deve ser reservado às pessoas que se defendem contra qualquer ato emanado do Estado que possa afetar seus direitos, seja o ato jurisdicional ou não²⁷.

26 Juan Carlos Hitters e Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. 2, v. 1, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 481.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, § 102; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, § 69; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, § 147; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo OC-17-2002, §§ 117.

Em várias de suas decisões, no âmbito contencioso ou consultivo, a Corte IDH vem repetindo que o Estado, “em qualquer ação ou omissão dos órgãos do Estado dentro de um processo, seja administrativo sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal”²⁸. Não é necessário, portanto, examinar a natureza e as características da causa, pois, em princípio, “praticamente toda determinação de direitos e obrigações está coberta pelas garantias”²⁹.

Em alguns casos, por fim, a conclusão da Corte IDH tem sido a seguinte, com a mesma redação sempre: “Toda pessoa sujeita a um julgamento de qualquer natureza diante de um órgão do Estado deverá contar com a garantia de que esse órgão seja imparcial e atue nos termos do procedimento legalmente previsto para o conhecimento e a solução do caso que é submetido”³⁰.

Isso indica que, para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o conceito de devido processo legal nunca foi uma experiência unicamente jurisdicional. O devido processo legal é inerente a toda a atividade do Estado que de alguma forma vá afetar os direitos e obrigações das pessoas.

Essa conclusão é interessante, pois dela surge o segundo efeito da aplicação do artigo 8º da CADH às causas não-penais.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, §§ 122-125; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo OC-18/03*, § 123.

29 Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 283.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 169; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, § 77; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, § 130.

A partir da jurisprudência da Corte IDH, vê-se também surgir um conceito material de “juiz ou tribunal”³¹.

A Corte IDH fala em “julgamento de qualquer natureza diante de um órgão do Estado”, e não de juiz ou tribunal. Para a aplicação do devido processo legal, importa pouco se o órgão julgador é “juiz” ou não: qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, deve obedecer ao devido processo legal.

Para a observância do devido processo legal, basta que a decisão emanada pelo Estado tenha conteúdo jurisdicional. Ou seja: a natureza da decisão não precisa ter “forma” jurisdicional, mas apenas “conteúdo” jurisdicional. Como já disse a Corte IDH no Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru³², “qualquer órgão do Estado que exerça funções de caráter materialmente jurisdicional tem a obrigação de adotar decisões vinculadas às garantias do devido processo legal nos termos do artigo 8º da Convenção Americana”.

Essa conclusão da Corte IDH não é pouca coisa. Ao investir a autoridade pública do Estado de um conceito material de juiz/tribunal, a jurisprudência da Corte IDH também passa a lhe exigir, por exemplo, a garantia de competência, independência e imparcialidade. Embora a redação do artigo 8.1 da CADH refira-se a “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”, em sucessivas sentenças a Corte IDH esclareceu que a qualificação de um órgão como “juiz” ou “tribunal” dependerá das funções por ele desempenhadas, e não por sua denominação. Se as

31 Laurence Burgorgue-Larsen e Amaya Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2011, p. 649.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, § 71.

decisões tomadas pelo órgão afetarem os direitos das pessoas, deve lhe ser exigido que seja “competente, independente e imparcial”³³, independentemente se a autoridade pública for administrativa, legislativa ou judicial³⁴.

Essa é mais uma prova de que o conceito de devido processo legal e de juiz ou tribunal devem ser reconstruídos a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não é possível falar em conceitos de devido processo legal e de juiz/tribunal isolados no âmbito jurisdicional. Esses conceitos passam, então, a ser exigidos de qualquer autoridade pública, e não apenas dos órgãos jurisdicionais.

7. Conclusões

O presente estudo demonstrou que a interpretação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos evoluiu no sentido de aplicar as garantias judiciais do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis.

A aplicação do artigo 8. da CADH estende-se até mesmo a causas da natureza trabalhista, política, administrativa e eleitoral, incluindo causas “não-jurisdicionais”.

Os dados demonstraram ainda que essa conclusão é reforçada tanto pela competência consultiva quanto pela competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em

33 Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidade de Chile, 2003, p. 293.

34 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*, § 71; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*, § 130.

diversos casos contenciosos e em pareceres consultivos, a Corte foi chamada a decidir sobre a aplicação das garantias do artigo 8º da CADH às causas cíveis e sempre respondeu positivamente.

É preciso, contudo, cautela quanto à aplicação das garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH às causas cíveis. O estudo apresentou dados que comprovam que até mesmo as garantias mínimas do artigo 8.2 da Convenção Americana são aplicáveis às causas cíveis. No entanto, para essa aplicação ocorrer, deve haver uma compatibilidade entre a necessidade daquela garantia mínima e o devido processo legal.

Tudo isso significa que os estudos de processo civil devem acompanhar a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à aplicação do artigo 8º da CADH. Se a Corte Interamericana entende que esse artigo aplica-se às causas cíveis, então os estudos de processo civil não podem menosprezar a necessidade do exercício do controle de convencionalidade em relação às garantias judiciais do artigo 8º da CADH.

A pesquisa da jurisprudência também demonstrou que, com base nessa interpretação do artigo 8º pela Corte Interamericana, é possível reconstruir-se o conceito de devido processo legal e de juiz/tribunal mesmo fora do âmbito jurisdicional. O devido “processo” não é apenas o processo jurisdicional. O “juiz/tribunal” não é apenas o órgão jurisdicional. Essa conclusão, aliás, pode reforçar eventuais estudos e pesquisas sobre uma Teoria do Processo envolvendo processos não-jurisdicionais.

Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?*

*Marcela Cecilia Rivera Basulto***

Introducción

En los últimos años, los distintos obstáculos que hacían considerar impracticable la garantía judicial de los derechos

* El presente artículo aborda algunas ideas expuestas en la tesis presentada para obtener el grado de máster titulada “La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: distinciones y puntos de contacto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, realizada bajo la codirección del doctor Ángel José Gómez Montoro y del maestro Pablo Saavedra Alessandri, secretario de dicha entidad regional. Además de mi gratitud hacia los referidos, también agradezco a los maestros Eduardo Ferrer Mac-Gregor –juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– y Jorge Calderón Gamboa –abogado coordinador de la misma– las enseñanzas, la guía y los consejos compartidos sobre el tema.

** Abogada por la Universidad de Guadalajara, México, con máster en Derechos Humanos por la Universidad de Navarra, España, y diplomada en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Argentina. Participó como visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y colaboró en el sector Ciencias Sociales y Humanas de la Oficina Regional de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en Costa Rica.

económicos, sociales y culturales¹ –en contraposición con sus homólogos civiles y políticos– han sido paulatinamente superados. En el sistema interamericano, después de 38 años de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH o Pacto de San José), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte Interamericana) finalmente dio el tan discutido paso en relación con la justiciabilidad directa de esta categoría de derechos; tal determinación fue precedida por el desarrollo de una jurisprudencia loable en la materia.

Así pues, hasta antes del caso Lagos del Campo contra Perú² la Corte IDH –a reserva de lo sostenido en algunos votos particulares³– se había mostrado reticente a reconocer la

1 Toda vez que son términos comúnmente utilizados sin distinción, en adelante y a lo largo de este trabajo también se hará referencia a estos como DESC o derechos sociales a menos que alguna especificación se realice en contrario, sin pretender con esto desconocer la importancia de las particularidades que cada uno de este tipo de derechos. Además, teniendo presente que las objeciones han sido trasladadas a los derechos ambientales y superadas de manera semejante, se efectuarán las correspondientes referencias a estos “nuevos derechos”. Para referirse al grupo de derechos incluyendo también los medioambientales, se utilizará el acrónimo DESCA.

2 Cfr. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340.

3 Puede acudir, para tal efecto, al voto concurrente emitido por la jueza Margarette May Macaulay en: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246. También a los votos concurrentes que el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot ha emitido en los siguientes casos contenciosos: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de mayo de 2013, Serie C N° 261; Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de junio de 2015, Serie C N° 296 (voto emitido de manera conjunta con el juez Roberto F. Caldas); Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares,

justiciabilidad inmediata o autónoma de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la OEA).

La protección que brindaba la Corte IDH para estos derechos, sin embargo, no era nula sino que se había realizado de forma indirecta a través de métodos que –por las limitaciones de este trabajo– no podrán ser expuestos con la atención que merecen⁴.

Para algunos de los detractores de la justiciabilidad directa de los DESC en el sistema interamericano, el hecho de que se pudieran proteger estos por su conexión con algún otro principio o derecho parecía hacer innecesaria e ilegítima la cuestión sobre su protección judicial autónoma o –cuando menos– ociosa. Empero, tras el reconocimiento de la imposibilidad de que todos los aspectos relativos con la inadecuada salvaguardia de unos pudieran ser traducidos a violaciones de otros, de que este método

Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de febrero de 2016, Serie C N° 312; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre de 2015, Serie C N° 298 (voto al cual se adhirieron los jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles); y Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C N° 329. Finalmente, está el voto razonado del juez Roberto F. Caldas en el mencionado caso Chinchilla Sandoval contra Guatemala.

4 Sin embargo, se invita al lector a consultar el trabajo que para tal efecto realizaron Abramovich y Courtis quienes clasificaron las vías para abordar los DESC en seis, a saber: la argumentación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, a través del recurso de las garantías del debido proceso, por medio de la protección de derechos civiles y políticos, vía protección de otros derechos económicos sociales y culturales que sí tengan un fundamento para su defensa, a través de las limitaciones que se encuentran en los derechos civiles y políticos, y vía del acceso a la información. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 169 a 249.

terminaba subsumiendo los derechos⁵ y de que la CADH le otorgaba la competencia para pronunciarse al respecto, la Corte IDH modificó su tradicional método de protección para avanzar hacia una justiciabilidad plena e independiente de los derechos de segunda generación.

Con independencia de estar o no de acuerdo con la aproximación recientemente adoptada, ese cambio de paradigma obliga a los operadores de justicia a modificar el enfoque que –hasta la fecha– se ha utilizado para la protección de los DESCAs en instancias interamericanas, a la vez que mandata a la propia Corte IDH a medir con precisión los alcances de las determinaciones que tome en la materia.

I. Beneficios de la protección directa de los DESCAs

Aunque no es ni debe ser la única vía, la defensa directa de los DESCAs en instancias supranacionales contribuirá a delimitar el contenido esencial del derecho a proteger así como los parámetros a los que se sujeta su exigencia judicial, bajo estándares unificados. Por ejemplo, a través de la adopción de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y carácter apropiado en las determinaciones de las autoridades; del establecimiento

5 Ejemplo de ello es el caso Chinchilla Sandoval contra Guatemala, en el que la Corte Interamericana señaló –en el párrafo 177 de su citada sentencia– que “[l]a salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal”. Esta aproximación la consideró en el párrafo 66 de su voto concurrente dentro de la sentencia respectiva antes referida, el actual presidente de la Corte IDH –el juez Ferrer Mac-Gregor– como un retroceso en su jurisprudencia. Así también, en ese marco, en el párrafo 10 de su voto razonado el juez Caldas consideró que el derecho en cuestión se desvirtuó en la sentencia pues le hizo perder su estatus como tal, convirtiéndolo en un presupuesto fáctico para la aplicación al caso de los derechos a la vida e integridad personal.

de criterios para racionalizar el uso de recursos escasos; de la determinación de requisitos que el Estado debe cumplimentar en la adopción de medidas regresivas a la garantía de los derechos sociales; y de la fijación de obligaciones que los titulares de los derechos deben cumplir para beneficiarse de los servicios públicos, entre otros.

La emblemática sentencia Lagos del Campo cobra relevancia porque abre un abanico de posibilidades para la protección de derechos, lo que amplía de manera considerable su alcance. Esto, a su vez, hace necesario que los actores involucrados en su exigencia asuman nuevas tareas y modifiquen su aproximación en la demanda de los derechos en el orden interamericano.

Si bien la estrategia de protección por conexidad de los derechos había servido para que la Corte Interamericana –una vez sucedida la vulneración de un derecho– pudiera pronunciarse al respecto, esto se trataba más de una acción correctiva que preventiva. En efecto, ante la evidente transgresión de derechos humanos de contenido social los tribunales supranacionales no han podido quedarse inertes, ni deberían hacerlo. En el caso del sistema regional, por la dificultad de pronunciarse de forma directa sobre el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados, la Corte IDH había tenido que derivar deberes de derechos que no resultaban clara o naturalmente relacionados⁶.

6 Como ejemplo, cabe resaltar el aludido caso I.V. contra Bolivia; en este se estableció la conexión entre el consentimiento informado en materia de atención médica, con el acceso a la información consagrado en el artículo 13 (libertad de expresión) del Pacto de San José, para amparar a la víctima contra la práctica sin consentimiento de una ligadura de las trompas de Falopio; es decir, una esterilización forzada. También se tiene el citado caso Suárez Peralta contra Ecuador, en el que la Corte IDH consideró que hubo vulneración de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal, para evitar resolver sobre la violación principal al derecho a la salud de la víctima.

Ahora que esta entidad dejó claro que dentro del espectro de derechos que deben resguardar los Estados –conforme al Pacto de San José– se encuentran los de contenido económico, social y cultural, se podrá incentivar una acción preventiva expandiendo así la superficie protectora de dichos derechos, inescindiblemente consustanciados con la dignidad humana⁷.

Sumado a ello, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se podrá aportar a la definición de un contenido esencial de cada uno de los derechos encuadrados en la categoría de económicos, sociales, culturales y ambientales; definición que contribuirá al establecimiento de obligaciones mínimas a cargo de los Estados en favor, primordialmente, de grupos vulnerables. Efectivamente, las resoluciones de los órganos internacionales van “progresivamente, delineando y especificando el contenido de los derechos humanos y los deberes de los Estados en relación a ellos”⁸; como tal, dichas pautas son luego “utilizables, de distintas maneras, herramientas para demandar la adecuación a ellas de las acciones, leyes y políticas de los Estados”⁹.

La definición del contenido de los derechos y la determinación progresiva de las obligaciones a cargo de los Estados aportarán, de igual forma, a fijar límites a la exigibilidad de los derechos; esta cuestión resulta por demás necesaria, si se analiza el contexto constitucional de los países pertenecientes al sistema interamericano los cuales, además, se han sujetado a la

7 Bazán, Víctor, “Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 25, primer semestre 2015, p. 90.

8 Parra Vera, Óscar y otros. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p. 56.

9 *Ibid.*

jurisdicción de la Corte IDH. En tales países se han adoptado cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que se han elevado a nivel constitucional distintos derechos de carácter social.

Lo anterior cobra relevancia ya que “sin la existencia de mecanismos de supervisión o control internacional, las cláusulas sustantivas que consagran derechos humanos quedan libradas al autocontrol de los Estados”¹⁰; así, “es el propio obligado quien tiene la palabra final sobre el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido, colocando prácticamente a las víctimas de violaciones en situación de indefensión”¹¹.

Es evidente que en un tratado internacional no se pueden establecer todas las obligaciones que deben cumplir los Estados para el debido respeto, la garantía y la protección de los derechos humanos; por ello, como sostiene Melish, “la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales”¹². La labor que en materia de DESC asumirá la Corte Interamericana, en definitiva, contribuirá a clarificar las obligaciones de los Estados en razón de su pertenencia al sistema regional.

Lo proyectado se lograría tras fijar estándares que sirvan a los jueces nacionales y en general a todo el órgano estatal,

10 Courtis, Christian. *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008, p. 19.

11 *Ibid.*

12 Melish, Tara. “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, A.A.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, p. 218.

como parámetros para analizar hasta qué punto son razonables o suficientes las medidas adoptadas para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto reviste una importancia no menor, máxime si se considera que en materia de garantía de los derechos existe una amplia gama de medidas que pueden adoptarse.

Por otro lado, resulta atinado señalar que la Corte IDH ha sido asidua en reforzar la posibilidad de amparar a los individuos y las colectividades contra vulneraciones a derechos sociales, vía las reparaciones que dicta¹³. Entre estas, pueden mencionarse la obligación de incorporar a las víctimas a sistemas educativos¹⁴, así como las órdenes de dotar a comunidades enteras de servicios básicos de agua y alcantarillado o de establecer un fondo de desarrollo comunitario para la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria¹⁵.

13 Para ahondar en el desarrollo de la Corte IDH sobre la materia, consultar: Calderón Gamboa, Jorge. *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*, Porrúa, México, 2005; Beristain, Carlos Martín. *Diálogo sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ecuador, 2009; Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile, segunda edición, 2009; y García Ramírez, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Costa Rica, 2005, pp. 1 a 85.

14 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C N° 15, párr. 96; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú* (Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de noviembre de 2001, Serie C N° 87, párr. 43; y Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Resolutivo 13.

15 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125,

Al decantarse por una protección directa de los DESC en el sistema interamericano, este y otro tipo de reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte IDH podrán ahora adquirir un “verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances”¹⁶.

II. Estándares internacionales en la protección de los DESC

Si bien cada caso concreto tendrá distintas fuentes para reforzar los argumentos detrás de la protección de un derecho, cabe señalar algunos de los principales estándares que –como punto de partida– es preciso tener en cuenta respecto de la garantía de los DESC.

1. Tratados internacionales de los sistemas universal e interamericano

El primer documento del sistema internacional en el que se plasman los DESC con fundamento en la dignidad y se reconocen como “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹⁷ es la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸ (en adelante la DUDH). Para elevar a un

párr. 205; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 224.

16 Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Editorial Flores, México, 2014, p. 145 y 146.

17 Preámbulo de la DUDH.

18 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

carácter vinculante lo previsto por esta, en principio se planteó la posibilidad de establecer en un solo instrumento –que se pretendió denominar Pacto de Derechos del Hombre– todos los derechos proclamados en la misma¹⁹; sin embargo, tras varios intentos frustrados de llegar a un consenso internacional sobre el tema, esta propuesta fue rechazada.

En este contexto –transcurridos catorce años desde la proclamación de la DUDH– la decisión final²⁰ llevó a crear dos pactos internacionales distintos con obligaciones disímiles, abarcando uno los derechos civiles y políticos y otro los económicos, sociales y culturales: son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹ (en adelante el PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²² (en adelante el PIDESC).

19 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 421 E (V) del 4 de diciembre de 1950.

20 Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, Resolución 543 (VI) del 5 de febrero de 1952.

21 Aunque no se brindará una explicación exhaustiva en tal sentido, interesa señalar que en el PIDCP se encuentran derechos que se asocian con obligaciones de tinte social. Entre estos pueden señalarse, por ejemplo, los siguientes: la prohibición de trabajo forzoso u obligatorio, plasmada en el artículo 8; en el artículo 18.4 se reconoce la libertad de los padres para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que consideren adecuada; el derecho a la sindicalización y a la libertad sindical, están plasmados en el artículo 22; el dispositivo 23 reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad; se habla también en el artículo siguiente del derecho de la niñez a las medidas de protección que su condición de menor requiere; se establece el derecho a la vida cultural de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, que encuentra su fundamento en el artículo 27 y que implica –entre otras cuestiones– el derecho del uso de recursos provenientes de la tierra el cual se entrelaza a su vez con derechos como a la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo.

22 Ambos aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

Entre el tratamiento diferenciado aludido, cabe señalar que mientras en la protección de derechos civiles y políticos se dotó al Comité de Derechos Humanos de un carácter cuasijudicial y fue habilitado –mediante el Protocolo Facultativo del PIDCP²³– para recibir comunicaciones individuales sobre la alegada violación de los derechos reconocidos en dicho tratado²⁴, en el Pacto destinado a la garantía de los derechos sociales no se contemplaron mecanismos de denuncias ni fue –conjuntamente con su adopción– complementado por ningún protocolo facultativo. No fue sino hasta ya transcurrido un considerable periodo desde su entrada en vigor, que los esfuerzos realizados por el Comité de DESC²⁵ por avanzar hacia una justicia internacional de los derechos sociales se vieron reflejados en la adopción del Protocolo Facultativo del PIDESC²⁶.

Por su parte, en el ordenamiento regional, debe destacarse la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la Carta)²⁷ que –si bien no tiene por objeto fundamental consagrar derechos para las personas– juega un papel trascendental en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales

23 Adoptado por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI) del 16 diciembre de 1966.

24 Artículo 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP.

25 El Comité de DESC inició desde 1990 el proceso de redacción del proyecto de Protocolo, el cual fue presentado ante la extinta Comisión de Derechos Humanos en 1997 según se desprende del Documento de la Organización de las Naciones Unidas E/CN.4/1997/105.

26 Aprobado por Resolución de la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008, fecha en que se conmemoraban los 60 años de la adopción de la DUDH.

27 Adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967; también por el Protocolo de Cartagena de Indias aprobado el 5 de diciembre de 1985, el Protocolo de Washington celebrado el 14 de diciembre de 1992 y el Protocolo de Managua de fecha 10 de junio de 1993.

dentro del sistema interamericano ya que, para obviar la repetición y superposición de reglas de carácter social, los Estados redactores de la CADH realizaron una remisión genérica a los derechos que derivan de las normas de la Carta, a fin de darles cobijo en el Pacto de San José.

De la mano con la anterior, cabe hacer referencia a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁸ ya que –según ha sostenido la Corte IDH– tal documento contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última sin integrar sus normas pertinentes con las correspondientes disposiciones de la primera²⁹. Por su parte, el instrumento interamericano a través del cual se dota de contenido a varios de los derechos amparados por el artículo 26 de la CADH, es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales³⁰, conocido como el Protocolo de San Salvador.

Además de los señalados, se han generado otros instrumentos internacionales universales y regionales para regular derechos de individuos pertenecientes a grupos vulnerables y/o discriminados –tales como personas que sufren discriminación racial o mujeres, niños, migrantes o con discapacidad– que por su estado de indefensión requieren un grado de regulación más detallada, así como una protección especial. Estos tratados interesan en el tema

28 Adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá, Colombia.

29 Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, N° 10, párr. 43.

30 Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

ya que, a través de los mismos, se les otorga a sus beneficiarios mayor protección en lo relativo a diversos derechos de índole social³¹.

2. Instrumentos de *soft law* de referencia obligada

Adicional a los documentos expuestos, valga resaltar dos más que han sido reconocidos como doctrina autorizada y sirven como fuente de orientación para la determinación de las obligaciones de los Estados en relación con los DESC. Me refiero a los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³² (en adelante los Principios) y las Directrices de Maastricht sobre violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante las Directrices)³³. Entre el valor jurídico que han tenido estos documentos, destaca que el Comité de DESC los ha tomado como referentes para evaluar los informes presentados

31 En el orden internacional se deben mencionar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, así como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito regional cabe destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, así como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores .

32 Aprobados en la reunión de expertos que tuvo lugar en Maastricht, Holanda, del 2 al 6 de junio de 1986.

33 Adoptadas en Maastricht, en el marco de la reunión de expertos llevada a cabo del 22 al 26 de enero de 1997.

por los Estados y elaborar sus observaciones generales; asimismo, dichos documentos han sido vastamente abordados por la Corte IDH en sus determinaciones.

En los Principios se reconoce expresamente que aunque la plena efectividad de los DESC se lograría progresivamente, algunos de estos derechos pueden ser inmediatamente justiciables mientras otros podrían serlo con el paso del tiempo³⁴. Tal vez en este aspecto pudo haberse precisado que no es, en estricto sentido, el derecho en abstracto el que pudiera ser inmediatamente justiciable. Al respecto, comparto la opinión de Melish cuando sostiene que no son los derechos los que se deben considerar justiciables o no, sino las reclamaciones que se realizan con base en estos las que pueden tener –o no– los elementos para resolverse ante una controversia judicial³⁵.

A lo largo de los Principios, se ejemplifican diversas obligaciones de plena e inmediata aplicación por parte de los Estados. Entre estas, el deber general de comenzar inmediatamente a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el PIDESC (punto 16), la adopción de medidas legislativas en los casos en que la normativa existente viole las obligaciones adquiridas bajo el PIDESC (punto 18) y la prohibición de discriminación (punto 22), así como la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria –incluyendo acciones de omisión y comisión– que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (punto 37).

34 Punto 8 de los Principios.

35 Melish, Tara, “Rethinking the ‘Less as More’ thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, N° 39, 2006, p. 61. (La traducción es propia).

El objetivo de las Directrices, por su parte, es ampliar el entendimiento de los Principios con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones de los DESC, así como de las respuestas y los recursos adecuados. Las Directrices explican y brindan ejemplos de las obligaciones de respetar, proteger y cumplir³⁶ los DESC³⁷.

Concretan así las obligaciones de respetar³⁸ como conductas negativas –típicamente identificadas con los derechos cívicos y políticos– que implican una actitud abstencionista por parte de los Estados; es decir, exigen que no se obstaculice el goce de los DESC. Como ejemplo, ofrecen el caso de las expulsiones forzosas arbitrarias que vulneran el derecho a la vivienda.

La obligación de proteger³⁹, puntúan las Directrices, consiste en el deber estatal de prevenir que terceros vulneren estos derechos (eficacia horizontal de los derechos humanos o *Drittwirkung der Grundrechte*)⁴⁰. La obligación se ilustra con

36 En el ámbito interamericano, las obligaciones generales estipuladas en el artículo 2 de la Convención Americana consisten en respetar y garantizar todos los derechos previstos en la misma; mientras que en el dispositivo 26 se estipulan obligaciones específicas en lo referente a los derechos sociales, que se relacionan con su desarrollo progresivo.

37 Directriz 6.

38 La obligación encuentra su homóloga, en la región interamericana, en la obligación general de respeto de los derechos y las libertades que establece el Pacto de San José.

39 Este deber podría encontrar cabida en la obligación general de garantizar a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción del Estado, el libre y pleno ejercicio de los derechos y las libertades que mandata la Convención Americana.

40 Como es sabido, se trata de doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Lüth-Urteil* de 1958. Para más sobre esta doctrina, ver Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; Valadés, Diego. “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 12. 2011,

el deber del Estado de asegurarse que los patrones privados cumplan con las normas básicas del trabajo hacia sus empleados; de lo contrario, podría constituirse una vulneración indirecta del derecho al trabajo por la falta de supervisión y/o acción para corregir la vulneración estatal. Cuestión que, cabe resaltar, estuvo implicada en el caso Lagos del Campo aquí referido.

Por último, la obligación de cumplir⁴¹ implica el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole, adecuadas para lograr la plena efectividad de los derechos. En este caso, siguiendo lo plasmado en las Directrices, podría configurarse una vulneración si el Estado no proporcionare atención primaria de salud esencial a personas que lo necesiten.

Adicionalmente, las Directrices se ocupan del tema de las obligaciones de conducta y del resultado. Desde la aprobación de los dos pactos internacionales referidos se había mantenido la creencia de que los derechos de libertad imponían obligaciones de comportamiento –por lo tanto, exigibles en caso de incumplimiento– mientras que los derechos de igualdad únicamente disponían obligaciones de resultado, por lo que las instancias judiciales no eran el terreno ideal para que estas fuesen reclamadas.

pp. 439 a 470; y Mijangos González, Javier. “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, pp. 583 a 608.

41 Obligación que encuentra puntos coincidentes con el deber general de garantía de los derechos y las libertades estipulado en el artículo 1 del Pacto de San José, en consonancia con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno prescrito en el artículo 2 del mismo ordenamiento, así como la obligación particular mandatada por el diverso 26 de la CADH.

En las Directrices se aclara que los tres tipos de obligaciones aludidos anteriormente –respetar, proteger y cumplir– incluyen elementos de obligaciones de conducta y de resultado. Las primeras, consistentes en realizar acciones racionalmente concebidas para asegurar el ejercicio de un derecho; es decir, adoptar un comportamiento específico para garantizar un derecho. Y las segundas, relativas al cumplimiento de objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa; es decir, alcanzar un resultado esperado⁴².

3. Documentos de los órganos internacionales para la garantía de los DESC

Además de su necesaria regulación en normas jurídicas, el Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) ha aportado de manera considerable a la concretización y el entendimiento de los derechos contenidos en el PIDESC, a través de la emisión de observaciones generales que versan sobre la naturaleza y el contenido del referido pacto internacional⁴³. Esas observaciones no se emiten en relación con una situación o un Estado particular; son más bien documentos en los que se establecen estándares internacionales o se especifican los deberes y compromisos pactados en el PIDESC, lo cual sirve de guía al ente estatal para el cumplimiento de sus obligaciones.

42 Directriz 7.

43 Grote, Rainer. “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿Hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Von Bogdandy, Arminy otros, (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 133.

El Comité de DESC se ha dado a la tarea de definir la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de diversas observaciones generales⁴⁴, a través de las cuales se dota a los derechos sociales de contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos⁴⁵. También se han dedicado otras observaciones generales al desarrollo de los DESC de ciertos grupos de población vulnerables⁴⁶.

Adicionalmente, la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la ONU incluye la acción

44 El derecho a la vivienda es abordado tanto en la Observación General N° 4 denominada “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, U.N. Doc. E/1991/23, como en la Observación General N° 7 denominada “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos”, U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV. Las que analizan el derecho a la educación son la Observación General N° 11 denominada “Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, U.N. Doc. E/C.12/1999/4; y de forma más general la Observación General N° 13 denominada “El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, U.N. Doc. E/C.12/1999/10. La dedicada a la alimentación es la Observación General N° 12 denominada “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”, U.N. Doc. E/C.12/1999/5; la referida a la salud es la Observación General N° 14 denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, U.N. Doc. E/C.12/2000/4; la relativa al derecho al agua se desarrolla en la Observación General N° 15 denominada “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117; y la que aborda el derecho al trabajo es la Observación General N° 18 denominada “Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al Trabajo”, U.N. Doc. E/C.12/GC/18.

45 Cançado, Antônio. *La cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Evolución y tendencias actuales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1992, p. 58.

46 Entre esas están la Observación General N° 5 denominada “Personas con discapacidades”, U.N. Doc. E/C.12/1994/13, y la Observación General N° 6 denominada “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”, U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1.

conjunta de numerosas organizaciones afiliadas constituidas como programas, fondos y agencias especializadas. En este respecto, se debe considerar el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); de la Organización Mundial de la Salud (OMS); del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); del Programa Mundial de Alimentos (PMA) y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), así como el de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), entre otros.

En el ámbito interamericano, en 2005 la Asamblea General de la OEA aprobó las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador⁴⁷, documento en el cual se estableció –entre otras cuestiones– que para lograr el seguimiento a dicho instrumento la presentación de los informes debe ser regida por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso. En este sentido, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) que propusiera una metodología para la creación de indicadores que midiesen el progreso –o eventual retroceso– de los Estados en lo relativo a los derechos aludidos⁴⁸.

Bajo tal mandato, la CIDH aprobó los Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁴⁹. Este documento se preparó

47 Aprobadas por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 2005, mediante la resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

48 Grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA, p. 1.

49 Aprobados por la CIDH el 19 de julio de 2008, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14.

con la finalidad de ayudar a los Estados parte del Protocolo de San Salvador a cumplir con el mecanismo establecido en el artículo 19, mediante el cual se comprometieron a presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que vayan adoptando para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en dicho documento.

Sumado a los esfuerzos antes descritos y como muestra de la preocupación persistente en el sistema interamericano por cumplir el mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, la CIDH ha propugnado por la creación de espacios institucionales especializados en DESC. Es así que determinó establecer la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El objetivo prioritario de esta es la plena institucionalización de la temática en el sistema interamericano de protección, con la creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

III. El papel de la Corte IDH en la protección de los DESC

Es incuestionable que los DESC demandan habitualmente el otorgamiento de prestaciones, pues es a través de estas que se asegura a los ciudadanos cierto nivel de satisfacción de necesidades básicas; de esa forma, se amplían sus posibilidades de ejercer otros derechos y de hacerlos efectivos para que no queden solo como meras pretensiones teóricas. Es así como el principio de igualdad se vuelve material en el Estado social.

En este orden de ideas, Contreras Peláez vendrá a definir los derechos sociales como “aquellos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del

ciudadano”⁵⁰. De aquí que se sostenga que en estos derechos la prestación estatal representa la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho y –por tanto– la inexistencia de prestación estatal supondría automáticamente la denegación del derecho⁵¹.

Si bien se acepta tal punto de partida para conceptualizar a los derechos sociales, conviene resaltar que el Estado tiene –además– obligaciones de tipo negativo sobre los derechos materia de estudio. Al aludir a estos deberes estatales, Abramovich y Courtis realizan un listado de obligaciones de no hacer en relación con los DESC como la obligación estatal de no dañar la salud, no empeorar la educación o no destruir el medio ambiente⁵².

Si se pretende ahondar en este elenco de obligaciones, se enfatiza que es –sobre todo– en dicho tipo de deberes a cargo del Estado que se abre una puerta de oportunidades para reclamar, ante la CIDH y la Corte Interamericana, la conducta indebida por parte de autoridades estatales.

Por otro lado, no puede negarse que la exigencia de las obligaciones prestacionales en instancias judiciales presenta complicaciones adicionales a las exigencias de abstención; además, requiere considerables recursos económicos que el Estado tendrá que sufragar⁵³. Es preciso que cada caso particular

50 Contreras Peláez, Francisco. *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, España, 1994, p. 11.

51 *Ibid.*, p. 21.

52 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, p. 25.

53 Estos casos límites son abordados por Abramovich y Courtis, quienes –al hablar de un cumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado– afirman que sería difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. En efecto, otorgan la razón a las tradicionales objeciones por cuanto a que el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, pues un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas

sea analizado y que se deje al juez la tarea de determinar si correspondería o no declarar vulnerado el derecho por la falta de provisión económica del aparato gubernamental. Ello, sin perder de vista –claro está– que todas las decisiones de los jueces implican la erogación de recursos; aunque, en algún punto, el alto costo de la determinación judicial se vuelve cualitativamente diferente⁵⁴.

El papel que se espera asuma la Corte IDH, a partir de su modificación en la jurisprudencia sobre protección de los DESC, tiene que ser mucho más estricto de lo que se ha permitido en el pasado. En este sentido, no puede desconocerse que –incluso antes de Lagos del Campo– los alcances de algunas determinaciones de la Corte Interamericana en la garantía de derechos de contenido social han sido cuestionables.

Tal es el supuesto del caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica⁵⁵ en el que, como garantía de no repetición, la Corte IDH determinó que el Estado de Costa Rica tenía la obligación internacional –sí, bajo los estándares del Pacto de San José– de incluir la disponibilidad de

de alcance general y porque se propiciaría la desigualdad hacia las personas que –afectadas por el mismo problema– no participan del juicio, entre otras razones. Superan estas objeciones, señalando que es sumamente difícil una situación en la que el Estado incumpla totalmente toda obligación positiva y que en múltiples casos el incumplimiento genérico del Estado puede reformularse a la violación individualizada y concreta; además, la resolución de diversos casos particulares podría resultar una señal de alerta hacia los poderes públicos sobre la situación de incumplimiento generalizado. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, pp. 41 a 44.

54 Arosemena, Gustavo. *Rights, Scarcity and Justice. An Analytical Inquiry into the Adjudication of the Welfare Aspects of Human Rights*, Intersentia, United Kingdom, 2014, pp. 36 a 37.

55 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257.

la fecundación *in vitro* dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el deber de garantía, respecto al principio de no discriminación⁵⁶.

No pasa desapercibido que uno de los temas a discusión sobre este tipo de reparaciones tiene que ver con los límites a dichas medidas pues, si bien es cierto que las determinaciones que disponga la Corte IDH son obligatorias para los Estados⁵⁷, también lo es que “para su legitimidad, ellas no pueden ser vistas como un exceso en las atribuciones de la Corte”⁵⁸.

La legitimidad de esta última en la protección autónoma de los DESC se irá construyendo de la mano con la prudencia de sus sentencias, para lo cual debe –cuando menos– definir una metodología precisa y servirse de los estándares internacionales que se han instaurado en este sentido.

Conclusiones

Con base en el reconocimiento de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos respecto de los económicos, sociales y culturales⁵⁹ –en el intelecto de que ambos grupos deben ser entendidos integralmente como derechos

56 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros...*, párr. 338.

57 CADH, artículo 68. 1: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

58 Nash Rojas, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana...*, p. 67.

59 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 101; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131; y Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 172.

humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello y a través de una técnica hermenéutica evolutiva y *pro personae*— la Corte Interamericana determinó utilizar la cláusula contenida en el artículo 26 de la CADH para pronunciarse sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs.

Tal determinación dejó claro que —en el sistema interamericano— los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto de San José no son simples declaraciones de principios, mandatos de optimización o aspiraciones programáticas, sino verdaderos derechos humanos subjetivos que encuentran su fundamento en aquel que da origen a los civiles y políticos: la dignidad y el valor de la persona humana.

Con este enfoque se reconoce el contexto normativo actual de los países bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, se es coincidente con las reparaciones que esta dicta en la materia —hallando un nexo causal entre el derecho vulnerado y la reparación ordenada— y se atiende el mandato encomendado a la Corte IDH de salvaguardar, en el orden supranacional, los derechos humanos en el hemisferio americano.

El papel que se espera de los operadores de justicia y de la Corte Interamericana es ir configurando, a través de las demandas que se presenten y de las sentencias que se emitan en la protección directa de los DESCAs, un entendimiento integral del contenido de estos derechos y las obligaciones que de los mismos dimanen así como una protección de sus niveles mínimos.

En tal determinación se deberán considerar —claro está— aspectos particulares del Estado en cuestión tales como nivel de desarrollo económico, políticas existentes en la materia, capacidad para asegurar los derechos en cierto grado y avances que se han tenido en la protección de los derechos sociales, entre otros.

Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Pamela Juliana Aguirre Castro**

Introducción

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs) han sido ampliamente debatidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema Interamericano o SIDH), específicamente respecto a la justiciabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH), razón por la cual el presente estudio tiene como finalidad abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido en torno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCAs, la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto al contenido de los DESCAs, así como

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los tribunales de la República del Ecuador; presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; Diploma en Derecho, mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante; Máster en Leyes, Derechos Humanos y Derecho Humanitario, American University, Washington College of Law; Doctora en Derecho, PhD, por la UASB-E. Autora de varias publicaciones especializadas de Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte IDH continúe con la generación de jurisprudencia en la materia. Finalmente, se expondrán algunas reflexiones crítico pro positivas.

En el análisis se incluye dentro de los clásicos derechos económicos, sociales y culturales a los derechos ambientales; de ahí que la denominación utilizada de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales será en adelante los DESCAs sobre la base de dos razones. La primera, atinente al contenido de los derechos ambientales y la identificación con los tradicionales DESC por la protección del medio ambiente; y la segunda, relativa a que dentro del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el sistema interamericano o el SIDH) –específicamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la CIDH)– se constituyó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales para la supervisión de las obligaciones en estos derechos.

I. La evolución de la exigibilidad de los DESCAs

La evolución de la exigibilidad de los DESCAs puede sistematizarse en dos grandes periodos. El primero, que comprende lo que se conoce como constitucionalismo social y va desde la década de 1930 hasta la expedición de las constituciones a partir de 1989; y el segundo, que comprende el constitucionalismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante¹.

¹ Cfr. Courtis, Christian y Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en *CEPAL-Serie políticas*

De esta propuesta cronológica se puede evidenciar que el primer texto jurídico en el que reconoce a los DESCAs como derechos, es la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, del 4 de enero de 1918, año en el cual finalizó la Primera Guerra Mundial; la misma surge de la mano del marxismo y –en consecuencia– de los valores propios de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos desde la concepción individualista reconocida tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776². También vale mencionar que este documento jurídico surge como una reivindicación a los derechos desconocidos durante la Revolución Industrial, constituyéndose como un verdadero reconocimiento económico social de la clase trabajadora. Ciertamente, la proclamación de 1918 es el inicio de una larga lucha jurídica por la afirmación de varios derechos tales como al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la asociación y libertad sindical, a la educación y al sufragio universal.

En América, a la par del proceso social reivindicativo de Rusia, surge un reconocimiento constitucional de los DESCAs con la promulgación de la Norma Suprema mexicana de 1917; y a continuación se desarrolla otro proceso similar en Europa, con la expedición de la Constitución alemana de Weimar en 1919. Estas dos normas primarias representan un hito jurídico, puesto que son la síntesis a nivel constitucional del reconocimiento sin distinción de los derechos humanos,

sociales, N° 153, Santiago de Chile, CEPAL-ASDI, 2009, p. 33.

² Cfr. Villán Durán, Carlos. “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, González Monguí, Pablo Elías (coord.), Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 9 y sigs.

confluyendo dos vertientes –la social y la individual– en una misma norma suprema.

Vale mencionar que en este primer período se posicionó la idea de que los DESCAs eran derechos programáticos cuya efectividad dependía de la mera voluntad política de los Estados, idea que se profundizó con la entrada en vigencia en el concierto internacional de dos instrumentos de derechos humanos claramente diferenciados: uno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP)³; otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC)⁴. A esto se suma que en las expresiones utilizadas en dichos pactos en lo concerniente a las obligaciones estatales, existe una redacción que dejaría ver distintos niveles de vinculatoriedad puesto que mientras el artículo 2.1 del PIDCP compromete a los Estados parte “a respetar y garantizar [...] los derechos reconocidos” en dicho instrumento, el 2.1 del PIDESC los compromete “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos”. Ello ha generado el denominado mito de la progresividad y no exigibilidad⁵;

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de marzo de 1976.

5 Mancisidor de la Fuente, Mikel. “Los derechos económicos, sociales y culturales: una puesta al día”, en *Balance de una década de paz y*

es decir, estos derechos se cumplen en la medida de la capacidad económica estatal, de lo cual también surgió la diáfana locución que los “DESC son los hermanos pobres de los derechos humanos”⁶.

Aunado a lo anterior, vale reseñar que los derechos civiles y políticos se encontraban cubiertos de protección judicial desde su nacimiento; es decir, desde el inicio fueron plenamente justiciables ante las judicaturas estatales en caso de su violación. En tanto, los DESCAs se entendían de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos estatales y, por tanto, no cabía su protección ante los tribunales⁷. Y es que esta concepción surgió, de la clasificación que alude a la sistematización de los derechos humanos según el momento histórico en el que se fueron desarrollando: derechos de primera, segunda y tercera generación⁸.

No obstante lo señalado y recordando la naturaleza de los derechos humanos como “universales, indivisibles, e interdependientes, y [...] relacionados entre sí”⁹, en el ámbito del derecho internacional se ha dado un giro de 180 grados determinándose que los DESCAs son verdaderos derechos y por lo tanto plenamente justiciables, tal y como se ejemplifica a continuación.

conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional. Anuario 2010-2011, Mesa, Manuel (coord.), CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, Madrid, 2010.

6 *Ibid.*, p. 106.

7 *Cfr.* Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2014.

8 *Cfr.* Valcárcel Torres, Juan M. y González S., Andrés. “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, en *Prolegómenos. Derechos y valores*, Vol. XI, N° 22, Bogotá, julio-diciembre 2008, pp. 76 y sigs.

9 Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/24, parte I, cap. III, párr. 5.

Así, en la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU)¹⁰, a partir del 5 de mayo del 2013 entra en vigencia el Protocolo Facultativo del PIDESC¹¹ y con este se generan varios mecanismos de reclamo ante el Comité DESC (en adelante el Comité) entre los cuales están el sistema de peticiones individuales, la solicitud de medidas de urgencia, las comunicaciones interestatales y las investigaciones *in loco* en caso de graves y sistemáticas violaciones de los DESC¹² por parte de un Estado miembro; es decir, sobre hechos concretos que son sometidos a su conocimiento el Comité empieza a determinar criterios que son los estándares de contenido de los DESC. Estos derechos han evolucionado de ser considerados programáticos, en los que se preveía únicamente como mecanismo de exigibilidad un informe de cumplimiento de los Estados, a constituirse en derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra estos cuando se alega su violación individual. Sobre este mismo aspecto, no se puede dejar de mencionar la extensa doctrina que –en materia de obligaciones estatales– el Comité ha venido desarrollando respecto a los derechos determinados en el PIDESC, a través de las observaciones generales.¹³

10 Cfr. Villán Durán, Carlos. *La protección de los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas*, 2016, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf> (acceso 23/04/2018).

11 Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008; abierto a votación el 24 de septiembre de 2009, entró en vigor el 5 de mayo de 2013 tras haber recibido ratificación de once Estados parte.

12 Se utiliza la expresión DESC en este punto, puesto que el Comité valora y evalúa el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el PIDESC, dentro del cual no se incluyen expresamente los derechos ambientales.

13 Así se pueden citar entre otras –como ejemplos– la Observación General 4, denominada “El derecho a la vivienda adecuada”; la Observación General 12, denominada “El derecho a una alimentación adecuada”; y la

Igualmente, en lo que atañe al constitucionalismo latinoamericano y su evolución en la protección directa de los DESC¹⁴ se destaca por un lado la experiencia colombiana, en la que la Corte Constitucional –valiéndose del argumento “por conexidad”– ha posibilitado la protección judicial de los DESC¹⁵ en la vía de la acción de tutela. Por otro lado, se resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador; la que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete, ha desarrollado el contenido de justiciabilidad de varios DESC¹⁵ entre los cuales se encuentran los derechos a la seguridad

Observación General 14, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (acceso 23/04/2016).

14 Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. “Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Ius constitucionale commune na América Latina*, von Bogdandy, Armin y otros (coords.), Juraá, Curitiba, 2016. El juez Ferrer Mac-Gregor Poisot cita varios ejemplos de México, Colombia, Argentina, Costa Rica y Guatemala respecto a casos de DESC judicializados, en los que las altas cortes han sumido la justiciabilidad.

15 Cfr. Corte Constitucional. *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria N° 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, sentencia C-313, Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo (magistrado ponente), Colombia, 29 de mayo de 2014, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm> (acceso 23/04/2018). “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Ferrer Mac-Gregor Poisot es de 2007, debe mencionarse que en 2014 la Corte Constitucional avaló el proyecto de Ley Estatutaria en materia de salud que reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud.

social¹⁶, a la vivienda¹⁷, a la salud¹⁸, a la educación¹⁹, los derechos de las mujeres y el derecho al trabajo²⁰. Finalmente, por reseñar otra experiencia exitosa, se tiene la de Argentina en donde se ha generado una sólida jurisprudencia respecto a varios DESCAs²¹.

Entonces, tanto a nivel de la ONU como de altas cortes latinoamericanas, se ha dado un salto importante en la exigibilidad directa de los DESCAs sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia. El hecho de que la Corte Constitucional colombiana todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESCAs, demuestra que –salvo el caso del derecho a la salud que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental, para ser protegido directamente vía acción de tutela– se debe continuar el avance en la defensa y la materialización de la exigibilidad directa de los DESCAs.

16 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 115-14-SEP-CC, N° 006-15-SAN-CC, N° 019-15-SIS-CC, N° 164-15-SEP-CC y N° 006-15-SCN-CC, Ecuador.

17 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 146-14-SEP-CC, N° 344-16-SEP-CC y N° 021-16-SIS-CC, Ecuador.

18 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 080-13-SEP-CC, N° 016-16-SEP-CC, N° 074-16-SIS-CC y 324-17-SEP-CC, Ecuador.

19 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 008-09-SAN-CC y N° 133-15-SEP-CC, Ecuador.

20 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 309-16-SEP-CC y 072-17-SEP-CC, Ecuador.

21 Corte Suprema de la Nación. *Acción de amparo*, 24 de abril de 2012, disponible en http://www.rapdigital.com/Derecho/administrativo/recurso_ext_ordinario/1adm0182096317000.html (acceso 23/04/2018).

II. La exigibilidad de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con la finalidad de organizar cronológicamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la dividiremos en dos etapas. La primera va de la invisibilidad de los DESCAs a su justiciabilidad indirecta y la segunda de su justiciabilidad indirecta a la justiciabilidad directa.

1. Primera etapa

La jurisprudencia de la Corte IDH pasó de la invisibilidad de los DESCAs a la tesis de su justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta; esto, mediante la protección de los derechos a la vida, a la integridad física o el derecho a la propiedad, valiéndose de referencias a los DESCAs.

Así se puede citar, por ejemplo, que en el caso Villagrán Morales contra Guatemala –caso “Niños de la calle”– la Corte Interamericana interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, señalando que comprende “el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna”²². Posteriormente, en 2004 – en la sentencia del caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay– afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a las y los adolescentes que están bajo su custodia; esto, en aplicación de los derechos de la niñez consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH)²³.

22 Cfr. Corte IDH. *Caso Villagrán Morales vs. Guatemala*, 1999, párr. 144.

23 Cfr. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, 2004, párr. 160.

En 2005, en la sentencia del caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, la Corte IDH consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), mencionando la obligación de progresividad contemplada en el artículo 26 de la CADH; expresamente señaló que

la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT²⁴.

24 Cfr. Corte IDH. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 163.

De igual modo, en el 2010, en el caso Xakmok Kásek contra Paraguay la Corte Interamericana dio contenido al derecho a la vida digna a partir del artículo 4 de la CADH considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, a la alimentación, a los servicios de salud y a la educación; asimismo, retomó estándares del Comité²⁵.

2. Segunda etapa

Esta etapa jurisprudencial transita de la justiciabilidad indirecta de los DESCAs a la directa, que cobra auge con el debate respecto a la posibilidad de declarar la violación del derecho a la salud en el caso Suárez Peralta contra Ecuador y con el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Ciertamente, el debate en torno a la justiciabilidad de los DESCAs no ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la exigibilidad directa de los DESCAs a partir del contenido del artículo 26 de la CADH²⁶; en efecto, “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a

25 Cfr. Corte IDH. *Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay*, 2010.

26 CADH. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC²⁷.

La jurisprudencia de la Corte IDH con relación al desarrollo del artículo 26 de la Convención Americana, denota una lucha entre dos tendencias que generan polémica; por una parte, está la protección de los DESC mediante la aplicación directa de dicho artículo en contraposición a una protección de derechos económicos sociales, culturales y ambientales de forma indirecta, a través de los derechos civiles y políticos. La historia jurisprudencial devela criterios protagónicos que despertaron la discusión referida *ut supra*, iniciada en 2009 con el caso Acevedo Buendía que se retomó al 2013 con el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Suarez Peralta; proponiendo una reconstrucción y la redefinición de los alcances del artículo 26 de la CADH. Lo mencionado se evidencia en el voto razonado del citado caso, planteando la justiciabilidad del artículo 26 para hacer efectivos los DESC en un sentido amplio y directo. Referido criterio fue apoyado por otros jueces como Manuel Ventura y Roberto Caldas en los casos Huapaya y otros contra Perú, Gonzales Lluy y familiares contra Ecuador, y Chinchilla Sandoval contra Guatemala²⁸. Así, el camino jurisprudencial interamericano devela una pugna ideológica con referencia al desarrollo del mencionado artículo, que parece encontrar en la nueva conformación de

27 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Orville H. Schell, Jr., Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS), Quito, 2003, p. 36.

28 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y otros. *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

la Corte IDH una tendencia hacia la justiciabilidad directa de los DESC.

En esta línea, para poder entender la evolución jurisprudencial de este debate, se realizará un recuento de las sentencias más relevantes en las cuales se puede verificar esta tensión. En ese orden de ideas, en el caso Cinco Pensionistas contra Perú²⁹, la Corte IDH tuvo la primera oportunidad de dotar de contenido al artículo 26 de la CADH cuando la Comisión Interamericana incluyó un reclamo específico fundado en el mismo³⁰. En efecto, la CIDH alegó que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo con relación al derecho a la seguridad social, con lo cual se ofrecía a la Corte Interamericana la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad de ese artículo y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de DESC; sin embargo, la Corte IDH desechó el argumento aduciendo –en el párrafo 147 de la sentencia del 28 de febrero de 2003 – que:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los

29 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, 2003; y *cfr.* Courtis, Christian. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, N° 6, Departamento de Derecho, ITAM, México, 2004, pp. 37 a 67.

30 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas...*, párr. 2.

derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Como lo señala Courtis, podría entenderse que la Corte impuso –a partir del contenido del párrafo antes referido– un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26: demostrar la relevancia colectiva del planteo, con lo cual no solo se debe justificar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas y que no se trata de un hecho o violación aislada.

Sobre este aspecto, según Rossi y Abramovich la Corte Interamericana “efectuó una interpretación desacertada del artículo 26 de la Convención, al establecer que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales y general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular”³¹. Ciertamente, defender la interpretación propuesta por la Corte IDH en esta sentencia limitaría la aplicación del artículo 26 a supuestos de afectaciones a un conjunto representativo de la población de un Estado parte; sin embargo, resulta que los supuestos de violaciones de los DESCAs pueden presentarse tanto en el

31 Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, Martín, Claudia y otros (comps), Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004, p. 470.

plano individual como colectivo. Efectivamente, dimensionar su valoración respecto de un conjunto representativo de la población afianza la idea del contenido difuso de los DESCAs. No obstante, acertadamente, este parámetro no ha sido desarrollado por la Corte IDH para la evaluación de la obligación de no regresividad.

En 2009, la Corte Interamericana –en el caso Acevedo Buendía y otros³²– realizó la mención específica del artículo 26 de la CADH señalando expresamente que es competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, incluido el citado artículo³³; asimismo, “dedicó algunos párrafos a lo que hasta la fecha constituye el desarrollo más prometedor del tribunal interamericano en esta materia”³⁴. Esto, obviamente, hasta 2017. Así, la Corte IDH determinó –a partir de la revisión de los trabajos preparatorios de la CADH– que los Estados hicieron énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”³⁵. También evidenciaron que estos se propusieron “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”³⁶. Finalmente, la Corte Interamericana resaltó que dado que el capítulo III de la Convención Americana –que contiene al artículo

32 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, 2009.

33 *Ibid.*, párr. 97.

34 Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), Konrad-Adenauer-Stiftung, Lima, 2016, p. 659.

35 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, párr. 99.

36 *Ibid.*

26– se encuentra en la parte I de este instrumento, la cual versa sobre las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 situados en el capítulo I, con lo cual los compromisos estatales también son aplicables al artículo 26³⁷.

En efecto, tal como lo señala Courtis, de esta sentencia se desprende que:

- a. La Corte IDH es competente para entender alegadas violaciones al artículo 26.
- b. El artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- c. Las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26.
- d. La noción de “desarrollo progresivo” no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancias llamadas a resolver violaciones.
- e. De la noción de “desarrollo progresivo” se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable; es decir, susceptible de control a través de mecanismos jurisdiccionales.³⁸

Ahora bien, a pesar de este importante desarrollo, la Corte IDH –con posterioridad a la sentencia de 2009 en el caso *Acevedo Buendía y otros*– no se pronunció sobre

37 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, párr. 100.

38 Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”..., p. 660.

el contenido del artículo 26, sino hasta el 2017; es decir, ocho años después. Durante ese lapso de tiempo tuteló los DESCAs por vía indirecta a pesar de que ha tenido claramente varias oportunidades de hacerlo, lo cual es corroborado en los votos disidentes de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Manuel Ventura y Roberto Caldas en los casos *Suárez Peralta*, *Huapaya*, *Gonzales Lluy y familiares*, y *Chinchilla Sandoval*.

La primera de las oportunidades aludidas se encuentra relacionada con el caso *Suárez Peralta* contra Ecuador. En este, la Corte Interamericana condenó al Estado por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5 de la CADH, a partir del análisis del deber estatal de regulación de los servicios de salud para la protección de la integridad personal por una parte, y por otra a partir del deber de supervisión y fiscalización del Estado con referencia a los servicios de salud y la protección de la integridad personal de la señora *Melba Suárez Peralta*. En este sentido, la Corte Interamericana señaló expresamente que

también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de

calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto³⁹.

A la sentencia del caso, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot incorporó su voto concurrente mediante el cual razonó los argumentos que justificarían la judicialización en el SIDH del derecho a la salud de manera directa y autónoma, a partir del contenido de los artículos 26 y 1.1 de la CADH, y sobre la base de una interpretación evolutiva y *pro homine*, afirmando que

sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos –que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano–; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁰.

39 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrs. 131 y 132.

40 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11.

Asimismo, señaló que existen algunos componentes de los DESCAs que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”⁴¹. Argumentó que el análisis a la luz del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal puede resultar limitado, dado que estos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud; por ello, para el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud es importante aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad en América.

El segundo caso destacado en el debate de los jueces interamericanos sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs, tiene relación con una violación al deber de fiscalización de la prestación de servicios de salud por parte de entes privados en Ecuador, que brindan servicios públicos. En efecto, a Thalía Gabriela Gonzales Lluy se le detectó, cuando tenía tres años de edad, una enfermedad que requería hacerle una transfusión sanguínea; al recibirla en un Banco de Sangre de la Cruz Roja, fue contagiada con el VIH que fue identificado a partir de exámenes complementarios y a meses de haber sido dada de alta. En Ecuador se presentaron denuncias penales para impulsar la investigación de los responsables de dicha transfusión y acciones de tipo civil para obtener reparaciones por los daños y perjuicios ocasionados. El contagio de Thalía Gabriela redundó en que toda la familia Gonzales Lluy

41 *Ibid.*, párr. 57.

fue víctima de discriminación. Particularmente, la niña fue expulsada de su colegio y le resultó imposible continuar con su escolaridad por motivo de la portación del virus; por otra parte, la madre fue despedida de su trabajo por las mismas razones discriminatorias, entre otros múltiples efectos de la exclusión que padecieron.

En este contexto, la Corte IDH resolvió por unanimidad en su sentencia que el Estado era responsable por

[...] la violación de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 167 a 191 de esta Sentencia.

[...] la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, en los términos de los párrafos 211 a 229 de esta Sentencia.

[...] la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia.

[...] la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales

Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia.⁴²

Sin ahondar sobre el caso en particular, se puede decir que el quid de la discusión entre las posturas opuestas de los jueces radica –básicamente– en la posibilidad que existió o no en la sentencia para abordar el derecho a la salud de manera directa y autónoma. Así, por un lado, tenemos la del juez Humberto Sierra Porto; quien abogó por la imposibilidad de encarar el problema del contagio de la sangre infectada de la niña de manera directa y autónoma respecto al derecho a la salud, argumentando que

[I]a finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos [...] para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales [...]. Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada “la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida”⁴³.

42 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, puntos resolutivos del 3 al 6, 2015.

43 *Ibid.* Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 1.

Al igual que en el caso Suárez Peralta, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot defendió la posibilidad de proteger el derecho a la salud de manera directa y autónoma; criterio al que se adhirieron los jueces Caldas y Ventura. En su voto concurrente, Ferrer Mac-Gregor Poisot afirmó que

[e]n el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el “derecho a la salud”. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre el acceso a la información en salud; derecho a la salud de las niñas y los niños, y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA. Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal⁴⁴.

Ahora bien, más allá de la discusión sobre el artículo 26 de la CADH, lo que se debe resaltar es que este caso sí resultó ser un hito en la historia de la justiciabilidad de los DESCAs puesto que –si bien el derecho a la salud

⁴⁴ *Ibid.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 14..

en la sentencia fue abordado indirectamente a través de la justiciabilidad del artículo 5 de la Convención Americana— esta es la primera sentencia en la que se declaró la vulneración directa a un DESCAs: el del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador⁴⁵, con relación a los artículos 1.1 y 19 de la CADH.

⁴⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Artículo 13. Derecho a la Educación. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación

Además, se desarrolló el concepto de la interseccionalidad de la discriminación.

En este sentido, la Corte IDH argumentó que “tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo”⁴⁶. De esta interpretación se colige que serían los derechos a la educación y ciertos derechos sindicales, los que pueden ser tutelados directamente por la Corte IDH⁴⁷. Ahora bien, no obstante lo argumentado por la Corte Interamericana y tomando en consideración lo señalado por la exjueza Margarete May Macaulay, es pertinente señalar que “Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”⁴⁸. De esta interpretación se deriva la posibilidad de dotar de contenido justiciable al artículo 26 de la CADH, en virtud de una interpretación *pro homine*.

interna de los Estados partes.”

46 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy...*, párr. 234.

47 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Artículo 19. Medidas de protección. [...] 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

48 Corte IDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*, 2012, voto concurrente de la jueza Margarete May Macaulay.

En 2016, en el caso Chinchilla Sandoval contra Guatemala –tratándose de una persona privada de libertad que padecía una enfermedad crónica, diabetes y con una discapacidad motriz, que falleció en el centro de detención por falta de atención médica oportuna– la Corte IDH determinó la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, realizando un análisis de las obligaciones estatales de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad, y de suministrar también un tratamiento adecuado a la víctima en atención a su condición de salud y discapacidad, de lo cual derivan las obligaciones propias del derecho a la salud, señalando que

[...]os servicios de salud deben mantener un nivel de calidad equivalente respecto de quienes no están privados de libertad. La salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, incluyendo prácticas adecuadas, para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de personas privadas de libertad, así como por la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios.

En atención a los criterios anteriores, la Corte considera que el Estado tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad, en este caso a la presunta víctima, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor

independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad⁴⁹.

Nuevamente, la Corte Interamericana tutela de manera indirecta el derecho a la salud sobre los estándares establecidos por el Comité. Por su parte, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto concluyente y el juez Caldas en su voto razonado establecieron que el análisis de la Corte IDH debió realizarse con referencia a la violación del derecho a la salud; sin embargo, rescatan que en la sentencia por primera vez la Corte Interamericana se refirió al concepto de accesibilidad como deber del Estado con relación a las persona con discapacidad. Los jueces disidentes, señalaron que de un análisis de los hechos –tales como la condición de discapacidad de la víctima, mujer y tener problemas de salud, entre otros– configuraron una serie de tratos discriminatorios que dieron nacimiento a obligaciones estatales para garantizar el pleno goce del derecho a la salud. En este orden de ideas, sostuvieron que el artículo 26 de la Convención Americana impone una obligación de desarrollo progresivo de este derecho⁵⁰.

Ahora bien, recientemente la Corte Interamericana en el caso Lagos del Campo contra Perú⁵¹ –en aplicación del principio *iura novit curia*⁵²– analizó el incumplimiento

49 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 2016, párr. 177 y 215.

50 *Ibid.* Voto razonado del juez Roberto Caldas y voto concluyente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

51 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, 2017.

52 La Corte Interamericana señala que tiene competencia “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella” y se respalda en la praxis jurisprudencial de las sentencias de los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Acosta y otros contra Nicaragua.

del desarrollo progresivo de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y a la libertad de expresión en contextos laborales. En este sentido, aclaró que había establecido anteriormente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la CADH, citando el caso Acevedo Buendía y enfatizando “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”⁵³.

El juez Caldas en su voto razonado resaltó la importancia del caso Lagos del Campo contra Perú al ser el primero en el cual se responsabiliza a un Estado por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, el cual hasta este entonces fue desarrollado de manera complementaria e indirecta en las sentencias de la Corte IDH. Lo hizo, expresando lo siguiente:

Pero sobretodo [sic], estimo que resulta de gran relevancia hacer hincapié en la decisión histórica tomada por la Corte, al declarar la justiciabilidad de los DESCAs de conformidad con el artículo 26 en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Cómo [sic] bien fue mencionado en el párrafo 154 de la Sentencia, con este precedente se concreta y desarrolla el primer precedente en la materia y **con ellos se abre la puerta a la interpretación de otros derechos derivados del artículo 26 de la Convención.** Si bien la Convención Americana que nos compete interpretar

53 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo...*, párr. 141.

es de 1969, la posibilidad que esbozó en su texto para ser interpretada de manera evolutiva respecto de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, cultura y medio ambiente, contenidas en la Carta de la OEA a la luz del artículo 29 convencional, fue de gran relevancia para que hoy en día podamos estar dando finalmente un paso más en la consolidación de la interdependencia e integralidad de los derechos humanos⁵⁴.

Con lo anterior, el deber de progresividad de los derechos se encuentra abierto a una interpretación amplia que permite establecer obligaciones a los Estados en la implementación de medidas y evasión de conductas regresivas respecto a los derechos derivados de la Convención Americana, así como a los contenidos en materia de DESCAs dentro de la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante la Carta de la OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967⁵⁵.

Así, en este caso se observa que –al amparo del artículo 26 de la CADH– la Corte Interamericana determina que el Estado debe garantizar la prestación de salarios justos y oportunidades de empleo, condiciones de trabajo aceptables para todas las personas así como el derecho a asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, entre otros derechos derivados y conexos. Lo que más destaca en la sentencia es la aplicación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) –adoptada en 1948– para resolver el caso concreto, reconociendo que la aplicación de la Carta de la OEA se debe realizar en armonía con las disposiciones de la Declaración Americana.

54 *Ibid.*, Voto razonado del juez Roberto Caldas. El resaltado es de la autora.

55 *Ibid.*, párr. 143 y 144.

En este sentido, la Corte Interamericana señala que el derecho al trabajo se encuentra protegido, a más de la Declaración Americana, en el *corpus iuris* internacional⁵⁶ y determina que para analizar el artículo 26 de la CADH se tomarán en cuenta las reglas generales de la interpretación establecidas en su artículo 19 b, c, y d, para determinar la protección a la estabilidad laboral. Así, de conformidad con lo argumentado por la Corte IDH, la estabilidad laboral acarrea los siguientes deberes estatales: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y a la trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación ya sea mediante la reinstalación o en su caso con indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional; y, en consecuencia, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de tales derechos. Ello, enfatizando que la estabilidad laboral bajo ninguna circunstancia ampara el trabajo permanente, sino prevé que el despido sea realizado de manera legal y legítima⁵⁷.

56 *Ibid.*, párr. 145. “[...] el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos”.

57 *Ibid.*, párrs. 149 y 150.

La Corte Interamericana reconoció entonces que el Estado incurrió en una omisión en su deber de proteger el derecho al trabajo ya que la decisión local no disponía la reinserción del señor Lagos del Campo a su empleo, lo que llevó a la vulneración de otros derechos conexos tales como el de una pensión por jubilación y a ser representante de su asociación de trabajadores. A partir del análisis de las consecuencias de estos hechos, señaló que se vulneraron los artículos 16.1 y 26 con relación a los artículos 1.1, 13 y 8 de la CADH, ya que el despido del señor Lagos del Campos pudo ser tomado como una medida disuasiva para cualquier tipo de iniciativa de organización laboral.

Por su parte, los jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Caldas emitieron votos a favor de la justiciabilidad del derecho laboral en aplicación directa del artículo 26 de la CADH. En este sentido, el primero de ellos sostuvo que la “justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la protección de derechos no establecidos expresamente en la Convención –consagrados en el artículo 19.6–, además de que se refiere –por primera vez– a la protección de la libertad de asociación en materia laboral –sin ligarla obligatoriamente a los derechos y protecciones existentes en materia sindical–”⁵⁸.

A pesar de que en el voto salvado el juez alienta a un mayor desarrollo del artículo 26 de la CADH, aclara que está de acuerdo en no encuadrar el caso Lagos del Campo como una vulneración al derecho de un líder sindical sino como una trasgresión a la asociación en sí misma, que son derechos previstos en los artículos 8.1 y 19.6 de la Convención Americana y en el 45 c) de la Carta de la

58 *Ibid.* Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

OEA, los cuales son justiciables a través del artículo 26 de la CADH. Enfatiza que en todos los derechos sociales existe la obligación de progresividad y no regresividad; sin embargo, no siempre que se vulnere un DESCAs presupone una violación del referido artículo 26, sino que se deberá analizar según el caso en concreto.

Al contrario de lo afirmado por los dos jueces mencionados, el juez Sierra –en su voto parcialmente disidente respecto a la competencia de la Corte IDH– invita a pensar en la posibilidad de establecer nuevos catálogos de derechos protegidos a la luz de la CADH, en especial los DESCAs, para evitar contrariar la voluntad de los Estados de hacer justiciables los mismos sin competencia expresa convencional. Observa que la omisión de una motivación contundente para cambiar el *modus operandi* conservador de la Corte Interamericana, constituye una vulneración a la seguridad jurídica internacional⁵⁹.

En la misma línea, el juez Eduardo Vio Grossi resalta que a esta no le compete modificar la Convención Americana sino –más bien– aplicarla e interpretarla según la voluntad de los Estados dentro de sus escenarios sociales, económicos, jurídicos y fácticos. Es así que los DESCAs, si bien están reconocidos en la Carta de la OEA y en leyes locales, el hecho de que no se encuentren expresos en la CADH supone limitaciones a los compromisos y las obligaciones estatales, por lo que no podrían ser judicializados en la Corte IDH⁶⁰.

El juez Vio Grossi señaló que las disposiciones de la Carta de la OEA referidas en la sentencia del caso

59 *Ibid.* Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra.

60 *Ibid.* Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

Lagos del Campo, no establecen derechos judicializables internacionalmente sino –por el contrario– son meros principios con el fin de alcanzar objetivos de desarrollo económico y social. Enfatiza que los derechos económicos, sociales y culturales dan nacimiento a obligaciones de comportamiento estatal con relación a los individuos bajo su jurisdicción, las que se constituyen en programáticas. Y que, además, el artículo 26 de la CADH es un reconocimiento de un trato diferenciado a los DESCA de cara al resto del régimen previsto en el instrumento internacional por su cualidad de programáticos, más no consiste en un reconocimiento de derechos de manera directa.

En síntesis, de este recuento jurisprudencial, se puede observar que la Corte Interamericana reconoce la importancia de los DESCA, pues los ha justiciabilizado indirecta y directamente sobre la base de que todos los derechos son indivisibles e interdependientes, por lo que no gozan de jerarquía alguna. Ahora bien, se verifica también que el debate sigue latente cuando efectivamente –en estas sentencias– los jueces disidentes señalan los argumentos de su inconformidad, lo que devela que el tema no es pacífico.

Ciertamente, que la Corte IDH haya declarado la violación expresa de los derechos a la educación en Gonzales Lluy y a la estabilidad laboral en Lagos del Campo, denota que queda un largo camino por recorrer en materia de justiciabilidad de los DESCA; lo cual debe ser analizado con la trascendencia que merece, puesto que nuestra región necesita de los importantes estándares que la Corte Interamericana va generando a partir de su jurisprudencia, para que sean estos los que se apliquen en cada uno de los países a través de la adopción de medidas legislativas, judiciales y administrativas en atención del control de convencionalidad.

III. Los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH

Como se refirió con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la justiciabilidad y/o exigibilidad de los DESCA; no obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC”⁶¹.

Así, recordando que según Parra Vera⁶², Courtis⁶³, Abramovich y Rossi⁶⁴, las dificultades reales para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCA están dadas por un problema de interpretación tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del mismo se desprenden y cómo es su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la

61 Ávila Santamaría, Ramiro. *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, Quito, 2015, pp. 33 a 35.

62 Parra Vera, Óscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2012, pp. 9 a 64, disponible en http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf (acceso 23/04/2017).

63 *Cfr.* Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”...

64 Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta. *Memorial amicus curiae Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, Buenos Aires, 2015, pp. 1 a 11.

Convención Americana. En esta misma línea encontramos lo señalado por el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado en el caso Lagos del Campo.

En este aspecto, conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que del mismo se desprenden sino que obliga al intérprete a acudir a otro documento: la Carta de la OEA. Así las cosas, esta dificultad hermenéutica que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH⁶⁵ –como se refirió, los DESCAs cobran importancia a partir del constitucionalismo social– se sustenta en dos argumentos: i) la falta de competencia de la Corte IDH y de la CIDH para juzgar violaciones a la Carta de la OEA⁶⁶; y, ii) la ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de esta última, ya que emplea términos como “principios y mecanismos” –artículo 45– y “metas básicas” en el 34⁶⁷.

Ahora bien, las dificultades interpretativas para nada impiden la postura de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana, debido a que se posibilita una serie de oportunidades interpretativas

65 Parra Vera, Óscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales...*, p. 12. “Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos– y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como ‘estándar de no justiciabilidad’”.

66 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 46 y 47. “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”.

67 *Ibid.*

que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido. En efecto, como se recordará, este último es bastante indicativo en el sentido de establecer que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Entonces, las oportunidades interpretativas se encuentran primero en identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA:

1. La naturaleza y propósito de la organización (Capítulo I): promover el desarrollo **económico, social y cultural** (Art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (Art. 2.g).
2. Los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II): derecho de los Estado a elegir su sistema económico y social (Art. 3.e); eliminación de la pobreza crítica (Art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (Art. 3.j); “los Estados proclaman los **derechos fundamentales** de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.l); la **educación** debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (Art. 3.n).
3. Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, “Desarrollo integral” (Capítulo VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art.

30); la cooperación interamericana para el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31); el desarrollo debe contribuir a **la plena realización de la persona humana** (Art. 33); consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de **justicia social**, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar **disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna** (Art. 34); todos los seres humanos tienen **derecho al bienestar material** y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a); el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura **la vida, la salud y un nivel económico decorosos** (Art. 45 b.); **derecho a asociarse**, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.); desarrollo de una política eficiente de **seguridad social** (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.); los **derechos de los trabajadores** deben ser igualmente protegidos (Art. 46); “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47); los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la **educación primaria, media y superior** (Art. 49). 4. Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III⁶⁸.

68 Cfr. Carta de la OEA. El resaltado es de la autora.

Y segundo: traducir dichos enunciados, principios y objetivos de política pública a derechos, cuando no los ha reconocido ya explícitamente; así las cosas:

Conviene recurrir a la Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la “Interpretación de la Declaración Americana en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que expresamente determinó: “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”⁶⁹.

Se evidencia entonces que la primera interrogante estaría solventada en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que la misma se delimitaría por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana.

Pero, ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Sin entrar en mayores elucubraciones, vale señalar que existe un sector de la doctrina que argumenta que aun en el caso de que los DESCAs sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador circunscribe dicha exigibilidad ante la CIDH y la Corte IDH a los derechos sindicales y al derecho a la educación consagrados en los artículos

69 Cfr. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989.

8 a) y 13 del mismo⁷⁰. No obstante, como se analizará a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la interpretación evolutiva acuñada por la Corte Interamericana; dicha tesis desplaza a la interpretación literal de las disposiciones normativas del *corpus iuris* y permite dotar de contenido a los DESCAs, en este sentido:

[...] la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos⁷¹.

En síntesis, se infiere que la Corte Interamericana –en procura de revestir de contenido a los DESCAs y dándole alcance a la interpretación evolutiva de los mismos, que se desprende del artículo 29 de la CADH– se ha remitido al *corpus iuris* de derechos humanos –el Protocolo de San Salvador, para aquellos que lo han ratificado, y observaciones generales del Comité DESC, entre otros– para dotarlos de efectividad.

70 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 55 a 60.

71 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

1. El contenido de las obligaciones específicas del artículo 26 de la CADH

Para corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH, resulta oportuno tomar como punto de partida las reflexiones de García Ramírez, Courtis y Parra Vera⁷². El primero manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”⁷³. Courtis y Parra Vera señalan por su parte que

[...] lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato⁷⁴.

72 Cavallaro, James y Emily Schaffer. “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, N° 56, 2, 2004; y Ruiz Chiriboga, Oswaldo. “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013. Estos autores sostienen la tesis opuesta.

73 Cfr. Parra Vera, Óscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano...*, pp. 19 y 20.

74 *Ibid.*

Ello coincide con las obligaciones que el Comité ha desarrollado en la Observación General N° 3⁷⁵. De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como de la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la misma, lo cual permite sostener la estrecha relación que existe entre estos artículos y –por supuesto– desvirtuar la imposibilidad de configuración de la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCAs. A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el caso Suárez Peralta contra Ecuador; en este se evidenció el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. [...] Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si

75 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Observación General N° 3*.

el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta⁷⁶.

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido, y cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de dicho artículo se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención Americana, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático de que los derechos que regula el mencionado artículo van más allá de su consideración como meras políticas públicas, pues se tratan de verdaderos derechos autónomos amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH, con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico.

Ciertamente, de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha verificado como práctica utilizar distintos instrumentos internacionales más allá de la CADH para definir contenidos e, incluso, ampliar los alcances de los derechos reconocidos y precisar las obligaciones estatales en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte del *corpus iuris* de los derechos humanos⁷⁷.

76 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*

77 Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. “Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales...”. El juez Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos, entre los cuales están los siguientes: caso Kawas Fernández contra Honduras, caso Heliodoro Portugal contra Panamá, caso “Instituto de Reeducación del Menor”, caso Comunidad Indígena Yakye Axa y caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia.

2. La progresividad de los DESCAs como parámetro objetivo de su justiciabilidad

Una de las obligaciones más sólidas y claras del contenido del artículo 26 de la Convención Americana es el de la progresividad; en efecto, tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido en sus pronunciamientos y resoluciones –de manera expresa– esa obligación en el caso de algunos DESCAs. Así, la Comisión Interamericana –en el Informe de Admisibilidad 102/09– observó

[...] que los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 de la Convención Americana, por cuanto el derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del alcance del referido artículo (cita al Informe 38/09). En este orden de ideas, la Comisión observa que las acciones u omisiones de diversos órganos estatales podrían haber tenido como resultado una reducción sustantiva en el goce de su derecho a la seguridad social, o incluso la eliminación del sistema de pensiones del cual las presuntas víctimas eran beneficiarias. En consecuencia y sin prejuzgar sobre este asunto la CIDH considera pertinente incorporar el artículo 26 de la Convención Americana en el análisis de fondo del presente caso⁷⁸.

Otro caso en virtud del cual la CIDH enfatiza la protección de los DESCAs a partir del artículo 26 de la CADH, y específicamente de la obligación de no regresividad, es el de Ivanildo Amaro Da Silva y otros; en el Informe de Admisibilidad 38/10, señalando lo siguiente:

78 CIDH. *Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola-Bandesa vs. Guatemala*, Informe de Admisibilidad 102/09.

El derecho a una vivienda adecuada, [...] es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34K del Protocolo de Buenos Aires. Por lo tanto, [...] la Comisión Interamericana reitera que es competente *ratione materiae* para examinar las supuestas violaciones de todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, incluidos aquellos contenidos en el artículo 26. [...] La obligación derivada del artículo 26 de la Convención Americana, significa un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención.⁷⁹

O lo ya citado en este estudio, desarrollado por la Corte IDH en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa cuando señaló que el análisis en el caso concreto debía partir “con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26” de la CADH⁸⁰.

Entonces, la inquietud sobre si este artículo abarca o no las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la misma trata de justificarse, tanto en la estructura de la Convención Americana, como en la sintaxis utilizada. Sus dos primeros artículos –los cuales conforman el capítulo inicial de la Convención Americana– prevén las obligaciones

79 CIDH. *Ivanildo Amaro Da Silva y otros vs. Brasil*, Informe de Admisibilidad 38/10.

80 Corte IDH. *Comunidad Indígena Yakye Axa...*

de respeto, garantía y adopción de medidas; en el segundo capítulo constan los derechos civiles y políticos, sin hacer mención a deberes de tal carácter; y el único artículo del tercer capítulo se refiere a las obligaciones generales relativas a los DESCAs, para lograr su plena efectividad mediante su desarrollo progresivo. Esta estructura ha generado la duda de si las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH, se aplican solamente al capítulo segundo o si son también aplicables al capítulo tres⁸¹.

Por una parte, existe la tendencia que establece que los artículos 1 y 2 de la CADH son de distinta naturaleza que la del artículo 26, lo cual involucra una obligación diferenciada desde la dimensión de las obligaciones estatales⁸². En efecto, el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, independiente de la disposición de recursos estatales; por su parte, el deber de garantía involucra obligaciones positivas que se encuentran condicionadas a los recursos. De lo anterior se concluye que las obligaciones de respeto y garantía atienden a obligaciones de conducta, en tanto que el desarrollo progresivo se evalúa ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos como un derecho mediático.

Sin embargo, no existe un argumento sólido que satisfaga la exclusión de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana con las adicionales del 26, puesto que las obligaciones de respeto y garantía no descartan necesariamente la evaluación de la progresividad y no regresividad; a *contra sensu*, lo que se genera es un

81 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros. *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs...*

82 Cfr. Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema...*

parámetro adicional de análisis en el cumplimiento de los deberes estatales en materia de DESCAs, constituyéndose de esta manera el artículo 26 en una norma especial⁸³.

En efecto, a los citados artículos 1.2 y 2 que prevén las obligaciones de cumplimiento y garantía de los derechos previstos en la CADH se suma también el 26, entendiendo que es deber del Estado garantizar los DESCAs mediante medidas que hagan posible su plena efectividad con lo cual –a partir de una interpretación integral y en aplicación del principio *pro homine*– no se puede dejar de lado el artículo 26 como una norma distinta de la CADH.

Este razonamiento se refuerza, porque la obligación de evaluar la progresividad de los DESCAs no es la única; es más, singularizarla a ésta como la única obligación anula el contenido del mínimo esencial a los DESCAs, tal como se ha analizado en el apartado dos de este texto; en esta línea, acertadamente el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot enfatiza en su voto concurrente sobre el caso Lagos del Campo lo siguiente:

Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del

83 Cfr. Courtis, Christian. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, IIDH, 2007, p. 23.

paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular.⁸⁴

Es decir, la obligación de progresividad de los DESCAs es una que efectivamente debe ser evaluada en la exigibilidad de estos; ciertamente es una obligación de fin, que conlleva un análisis particularizado de la situación de cada Estado sobre circunstancias concretas. Mas esta obligación no es la única que debe analizarse por parte de los jueces, cuando se acuse la violación de un DESCAs.

Reflexiones finales

En armonía con lo establecido en la Declaración y Programa de Viena, se debe considerar lo siguiente:

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo...*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr.51.

promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁸⁵.

Lo cierto es que el debate recreado por los jueces interamericanos, plantea el punto de análisis respecto a cuál es el mecanismo con el que cuentan los DESCAs para su justiciabilidad ante la Corte IDH. En procura del ejercicio académico que se ha realizado a lo largo de este estudio, se ha constatado que la Corte IDH superó los mitos sobre dicha justiciabilidad y ha dado el importante salto sobre la exigibilidad directa de estos derechos. En efecto, ha declarado la violación expresa de los derechos a la educación en el caso Gonzales Lluy y a la estabilidad laboral en el caso Lagos del Campo, como el primer paso para un importante desarrollo de estándares interamericanos sobre el contenido y alcance de los mismos.

También se ha evidenciado que la Corte IDH ha adoptado estándares específicos por vía indirecta; así, con referencia al derecho a la salud –por ejemplo– en el caso Chinchilla Sandoval por vía de la violación a la integridad personal, determinó que los servicios sanitarios del régimen penitenciario deben cumplir con los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en atención al análisis realizado por el Comité en el la Observación General N° 14.

Se enfatizó en la jurisprudencia de la Corte IDH en este debate, porque ciertamente estos criterios guían el desarrollo jurisprudencial en nuestra región; de ahí que la Corte debe continuar aplicando el *corpus iuris* de derechos humanos

⁸⁵ Declaración y el Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/24, parte I, cap. III, párr. 5.

para establecer las obligaciones estatales de respeto, garantía, implementación y progresividad que exigen los DESCAs. Asimismo, existen varias de herramientas hermenéuticas que puede utilizar la Corte IDH en el camino para determinar los DESCAs y su respectivo contenido.

Respecto al artículo 26 de la CADH, el debate es extenso por su complejidad; más allá de la sintaxis utilizada, tal disposición obliga a los Estados a adoptar medidas de desarrollo progresivo en materia de DESCAs, constituyéndose en un auténtico reconocimiento genérico de derechos. El artículo 26 de la CADH es el continente, cuyo contenido proviene de la Carta de la OEA; pero, además, debe ser interpretado y no se puede desconocer el contenido del Protocolo de San Salvador ni el de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Por último, una obligación pendiente de avance por parte de la Corte IDH es la de compatibilizar las obligaciones de desarrollo progresivo con las previstas en los artículos 1.1 y 2 dentro de un sólido discurso que permita establecer parámetros de evaluación objetivos, dado que ciertamente no todas las obligaciones de los DESCAs se reducen a la progresividad, como ya lo mencionó el juez Ferrer MacGregor Poisot.

A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

*“No meio do caminho tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
Tinha uma pedra
No meio do caminho tinha uma pedra”*
(Carlos Drummond de Andrade*)

*Ricardo Guerra Vasconcelos**
Júlia Fonseca Maia****

* Carlos Drummond de Andrade (1902-1987) foi um poeta, contista e cronista brasileiro.

** Doutor em Direito pelo programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Mestre em Direito pelo programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004), área de concentração em Direito Internacional e Comunitário. Graduação em Direito (1986) pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e leciona na Faculdade Mineira de Direito (FMD) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais as disciplinas Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos e Fundamentais. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9559927818027965>

*** Acadêmica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. Bolsista de Iniciação Científica da FAPEMIG - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais na área de Direitos Humanos e Direitos Internacional. Possui pesquisa aprovada na PUC Minas PROBIC, cujo título é “A executoriedade das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Orientador: Professor Doutor. Ricardo Guerra Vasconcelos. É membro do Grupo de Estudos da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas de Responsabilidade Civil. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8244861105747881>

Introdução

A epígrafe acima traduz, em poesia drummoniana, o objeto e os objetivos do presente artigo, ou seja, a luta para a transposição de uma triste realidade brasileira, *in casu*, a violência doméstica e de gênero contra as mulheres no país. Transpor este problema - semanticamente esta pedra - tem demandado, por parte dos movimentos sociais, universidades e Estado, manifestações, em prol da igualdade entre homens e mulheres e contra a violência doméstica e de gênero; tem fomentado, em particular, políticas públicas e ações de cunho afirmativo que redundam, em termos sociais e políticos, com a percepção dos direitos pelas mulheres e, conseqüentemente, seu empoderamento¹.

Assim, o enfoque que será dado neste trabalho, é o de que, este quadro de resistência e de luta a favor dos direitos das mulheres brasileiras, em certa medida, advém das reflexões, das ações, das recomendações e das normativas engendradas no cenário internacional, neste caso, tanto no sistema global como no sistema regional interamericano. Porém, este estudo, se volta com especial atenção para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e, desta forma, para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher² e para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)³, esta última um instrumento normativo e

1 Utilizamos o substantivo empoderamento e seu conceito em consonância com artigo de Magdalena Leon, *Empoderamiento: relaciones de las mujeres con el poder*, publicado no Vol. 8 n.º 2/2000, Revista Estudos Feministas, disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11935/11201>>, acesso em 25/04/2018.

2 Conhecida por Convenção de Belém do Pará, pois foi concluída nesta cidade em 09/07/1994. Foi ratificada pelo Governo brasileiro em 1995.

3 Conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, foi dotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22/11/1969. Vigente internacionalmente em 18/07/1978. O Brasil aderiu ao Pacto em 25/09/1992.

vinculante que, segundo seu preâmbulo, tem justamente como finalidade “consolidar neste continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais.”

De fato, a CADH, além de reconhecer materialmente direitos humanos e garantias fundamentais – condutoras de um necessário reaparelhamento estatal, seja normativo, instrumental e de poder – instituiu dois órgãos cuja missão, aos moldes do que foi construído no âmbito europeu, é a de garantir o efetivo cumprimento da Convenção pelos Estados partes⁴.

Nesse aspecto, há que se pontuar o relevante trabalho dos órgãos da CADH, ou seja, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), cujas ações, relatórios, e decisões, responsabilizaram Estados americanos por não sancionarem a discriminação de gênero e a violência doméstica contra a mulher em suas jurisdições.

Desta forma, como o objeto deste estudo é a violência doméstica e de gênero contra a mulher no Brasil, nele terá destaque o litígio estratégico formulado perante a CIDH tendo como peticionários a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), todos baseados na competência conferida pelos artigos 44 e 46 da CADH, como também no que prevê o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

4 CADH Artigo 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: **a.** a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e **b.** a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Efetivamente no Relatório Anual 54/01, emitido pela CIDH no ano 2000, constou, em relação ao caso 12.051 (Maria da Penha Vs. Brasil), que as mulheres brasileiras sofrem grande incidência de agressões no âmbito doméstico, como também são vítimas de homicídio de seus cônjuges. Para a CIDH esse estado de coisas se deve, principalmente, pela discriminação existente para com as mulheres agredidas; e pela clara ineficiência dos órgãos de persecução penal e do judiciário brasileiro no combate tanto da violência como da discriminação contra a mulher. Demonstrou-se, com isso, que o Estado era leniente em relação ao este tipo de violência e discriminação, visto que não possuía planos de ação ou políticas públicas aptas e adequadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher⁵.

Em razão disso, recomendou a CIDH que, além da necessária e rápida solução a ser dada ao processo penal no qual figurava como vítima a petionária Maria da Penha Maia Fernandes, que o Brasil adotasse uma política interna de intolerância e contenção em relação a violência doméstica e de gênero a que se encontram submetidas as mulheres brasileiras⁶.

Considerando o que foi acima exposto, o presente artigo tem como objetivo responder as seguintes indagações: em que medida e de que forma o Caso Maria da Penha Vs. Brasil, contribuiu para a contenção da violência doméstica e de gênero a que se encontram submetidas as mulheres brasileiras? Foram implementadas pelo Estado brasileiro políticas públicas adequadas

5 Relatório Anual 2000. Relatório 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil. 04/04/2001. Parágrafos 46 a 50 e 60. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, acesso em 25/04/2018.

6 Relatório Anual 2000. Relatório 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil. 04/04/2001. Parágrafo 61.4. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, acesso em 25/04/2018.

e legislação pertinente como resposta a demanda da Comissão e, também, como resposta a realidade da mulher Brasileira? Estão sendo observados pelo Estado brasileiro, atualmente, os parâmetros normativos interamericanos, no caso a Convenção de Belém do Pará e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos? Qual é a relevância dos Pactos e do SIDH para a concretude dos direitos das mulheres no Brasil?

Este trabalho, portanto, situa-se no campo da análise crítica, em relação a dados coletados sobre o tema, como também em relação a doutrina mais abalizada, em ambos os casos após a recomendação da CIDH no paradigmático litígio Maria da Penha Vs. Brasil.

Para tanto, inicialmente, será desenvolvido um breve estudo acerca do SIDH e de sua relação com o Estado brasileiro. Na sequência serão dadas ênfases aos direitos e políticas públicas voltadas a proteção e promoção das mulheres brasileiras.

O Sistema Jurídico Brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Um breve exame da participação brasileira na formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos revela-nos como positiva sua atuação, visto que já na IX Conferência Internacional Interamericana, de 1948 - que constituiu como OEA – Organização dos Estados Americanos um regionalismo interamericano já organizado e moldado, como bem acentua Trindade, por meio de instrumentos normativos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis⁷ - propôs a criação de um órgão judicial internacional que promovesse os direitos humanos no

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Evolução Balanço e Perspectivas do Sistema Interamericano ao início da década de oitenta”. *Revista de Informação Legislativa*. a. 21. n. 83. jul./set. 1984. (p. 29).

continente⁸. Infelizmente, este envolvimento não se fez contínuo devido ao contexto vivido à época no país com o golpe civil/militar de 1964, que desencadeou uma ditadura que perdurou até meados da década de 80⁹.

Durante este período, a preocupação do Brasil se voltou, principalmente, para o desenvolvimento econômico e estrutural do país, que eram, naquela época as prioridades dos militares, então, detentores do poder. Com isso, evidentemente, políticas humanistas foram deixadas de lado. Assim, somente com o declínio da ditadura e, portanto, a partir de um lento processo de abertura, passou-se a repensar a posição do país e, portanto, dar plena efetividade aos direitos humanos e a buscar justiça e reparações em razão das atrocidades cometidas naquele período pelos órgãos de segurança.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 retomou-se a democracia e os direitos humanos e fundamentais alcançaram uma posição de relevância e importância, pois a Constituição, extremamente diferenciada, estabeleceu em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República e base do Estado de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. Um pouco mais a frente, nos artigos 5º a 17¹⁰ dispôs sobre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos de forma completa e abrangente. Mas foi somente após esta mudança de cenário político que o Brasil aderiu ao Pacto de

8 Dayse Ventura, Raísa Ortiz Cetra, *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*, 2012, (p. 01).

9 Como leitura sobre o Golpe Civil/Militar ocorrido no Brasil em 1964, indica-se: GOMES, Ângela de Castro. FERREIRA, Jorge. 1964: o golpe que derrubou um presidente, pôs fim ao regime democrático e instituiu a ditadura no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

10 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

São José da Costa Rica foi (1992) e, que o país reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998).

A adesão ao Pacto foi de extrema relevância para o Brasil não somente por fortalecer a luta pelos direitos humanos no país, mas também para recompor sua reputação na esfera internacional, como país democrático, em que pese o fato de que há extrema desigualdade na sociedade brasileira.

Logo, neste aspecto, o reconhecimento dos direitos humanos e a participação efetiva do país no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é, de certa forma, recente mas isto tem reconduzido o país a um patamar de respeito e de promoção da dignidade humana, principalmente pela via das recomendações e condenações proferidas pelos órgãos do SIDH.

Ainda assim, o Brasil está longe de ser o Estado-membro mais demandado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo a Colômbia o possuidor de maior número de casos; segundo os relatórios anuais da Comissão Internacional de Direitos Humanos¹¹. Entre 1998 e 2011, o Brasil foi alvo de 27 “medidas cautelares” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nos anos 1999 a 2011 643 petições referentes ao Brasil foram recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, das quais 93 foram encaminhadas ao governo brasileiro. Já a Corte, desde 1998, adotou “medidas provisórias” em quatro casos relativos ao Brasil, a quem endereçou igualmente quatro sentenças condenatórias definitivas.

A efetividade das sentenças ainda é objeto de estudo e há muitos artigos e pesquisas jurídicas a respeito, sendo um tema ainda controverso quanto a imperatividade das decisões e

11 Disponíveis em <http://www.oas.org/es/cidh/>, acesso em 25/04/2018.

sua aplicação no Brasil, em relação a revisão de atos judiciais, sobretudo aqueles revestidos da coisa julgada, como também se são vinculantes os pronunciamentos tanto da Comissão como da Corte. De fato, houve um grande avanço, em relação ao tema, com o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos.

No Brasil as convenções e tratados que versem sobre direitos humanos, regem-se pelo que preveem os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Destaca-se, por oportuno, que a *novel* Carta consagrou a abertura do Sistema Jurídico Brasileiro, inovando, em relação a Constituição anterior, em relação a inserção, no ordenamento nacional, dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil fosse parte¹². A princípio quis o Constituinte originário atribuir aos direitos humanos e fundamentais uma proteção dupla advinda do ordenamento nacional e, também, do ordenamento internacional, no caso, tratados de direitos humanos.

Dentro desta lógica, ou seja, de abertura e prevalência dos direitos humanos¹³, bem como, de respeito à dignidade humana como fator fundante do Estado de Direito e da República, como já exposto, o Brasil, pela via da Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o parágrafo 3º, no referido artigo 5º da Constituição, que estabeleceu serem as convenções e tratados de direitos humanos, quando aprovados em cada caso do Congresso Nacional, em dois turnos, com *quorum* de três quintos, equivalentes a Emendas Constitucionais.

12 CRFB. Artigo 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

13 CRFB. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos.

Assim, como acentua a doutrina mais abalizada, “tecnicamente os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos já [possuíam] *status* de norma Constitucional”¹⁴. Contudo, segundo entendimento do STF – Supremo Tribunal Federal, estes tratados, ou seja, que não foram aprovados com *quórum* de três quintos pelo Congresso Nacional¹⁵, teriam força de norma Supralegal, ficando para o parágrafo 3º do mesmo artigo 5º com *status* de emenda. Para os tratados que não tenham como objeto os direitos humanos, a posição consolidada do STF é a de que se inserem no ordenamento brasileiro com força na lei ordinária. Destaca-se que, com a redemocratização do país, e com o impulso advindo da atual Constituição, notadamente por meio da denominada cláusula de abertura¹⁶, o Brasil, no que se refere ao SIDH é, praticamente, parte em quase todos os tratados interamericanos de direitos humanos. Em especial relevo destaca-se, para este trabalho a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Como já explicitado, o Brasil adota um sistema misto em relação à aplicação das convenções e tratados internacionais na esfera interna, sendo que aqueles que versam sobre a matéria de direitos humanos possuem um tratamento diferenciado.

A partir do momento em que a ordem normativa internacional passa a integrar a esfera interna o controle de convencionalidade se faz necessário, sendo seu conceito desenvolvido e sistematizado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que seja determinado o procedimento pelo qual se verifica a conformidade das normas nacionais

14 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10 ed. São Paulo: RT, 2016, (p. 928).

15 Neste caso, os tratados com previsão no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição.

16 O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, Pacto de São José da Costa Rica). Ou seja, tem como objetivo promover a harmonia entre as normas, bem como dar segurança jurídica para os destinatários do direito dentro do sistema jurídico.

Neste sentido, conclui-se que além do controle de constitucionalidade – análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição – é imperioso o controle de convencionalidade de Direitos Humanos: a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Na mesma linha, Konstantin Gerber, citado pela autora Fabiane Duarte, afirma que “as interpretações judiciais e administrativas devem ser aplicadas em adequação aos princípios da Convenção Americana e a seus princípios de interpretação, como o *pro homine* ou *favor persona* (artigo 29, CADH)”. Logo, trata-se da possibilidade de se aplicar, a princípio, os direitos oriundos do direito convencional como um parâmetro mínimo, obrigação presente no artigo 1º da CADH, bem como de adequar a interpretação do direito interno a uma interpretação conforme, para os termos do art. 2º da CADH¹⁷, ou seja, entende-se que as normas internas, quando em desconformidade com um tratado ratificado, devem ser interpretadas considerando o tratado internacional, para ter conformidade com o Pacto de San José da Costa Rica. Com isso, pode-se vislumbrar maior efetividade e proteção, além de segurança jurídica mais ampla.

Ademais a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos órgãos do SIDH, são pouco

17 Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim; *Controle de Convencionalidade / Conselho Nacional de Justiça*; Coordenação: - Brasília: CNJ, 2016. 76, (p. 87).

acionadas no Brasil, sendo que podem e devem orientar na construção de uma interpretação entre jurisdições, neste caso, principalmente com as Cortes Superiores do país. Este auxílio quanto à interpretação de uma norma interna incentiva a universalização da jurisprudência de modo a atingir certa conformidade com as ordens normativas originárias dos tratados internacionais.

Nesta tarefa, o controle de convencionalidade é exercido, no Brasil, a princípio, pelos poderes estatais de ofício, ou mediante provocação da parte interessada, mas também, por óbvio, pelas cortes internacionais. O Poder Judiciário dos Estados Partes deve ter em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que a Corte Interamericana realizou, pois esta é a intérprete última da Convenção Americana. Isso garante a efetividade dos direitos humanos em âmbito interno¹⁸.

No Brasil, o controle de convencionalidade não vêm sendo exercido, o que os tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, fazem é, quando muito, apenas a citação do texto da Convenção Americana ou de tratado internacional. André de Carvalho Ramos¹⁹ já em 2009 concitava o Supremo Tribunal Federal a utilizar “a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de direitos humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos” instituídos pelos tratados²⁰. A mera citação dos artigos do Pacto

18 Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim; *Controle de Convencionalidade / Conselho Nacional de Justiça*; Coordenação: - Brasília: CNJ, 2016. 76, (p.86).

19 RAMOS, Andre de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a serio os tratados internacionais de direitos humanos. Revista da Faculdade deDireito da Universidade de São Paulo. Sao Paulo: FDUSP, v. 104,(p. 245 e 258-259) 2009.

20 Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim; *Controle de Convencionalidade / Conselho Nacional de Justiça*;

de San José da Costa Rica nas decisões dos tribunais não pode ser entendida como o controle de convencionalidade, este exige a harmonia entre as normas de esferas interna e internacional.

Recentemente, foi possível observar certas mudanças no panorama brasileiro: de acordo com Antônio Moreira Maués²¹ “a jurisprudência do STF começa a utilizar de maneira mais constante os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição”. Isso porque, como alerta Duarte:

[o]s institutos da prisão civil do depositário infiel, da presunção de inocência, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, e das liberdades de imprensa e exercício profissional, (...) foram interpretados de maneira a torná-los compatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), ensejando o reconhecimento de novos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro²².

Neste sentido, o tribunal foi além da mera citação dos artigos do Pacto, mas sim sua aplicação efetiva de forma a concretizar a compatibilidade entre as normas.

Infelizmente, esta aplicação efetiva dos tratados não ocorre sempre. Segundo Dayse Ventura, algumas particularidades

Coordenação: - Brasília: CNJ, 2016. 76, (p.87).

21 MAUES, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. Sao Paulo: Rede universitária de direitos humanos. V. 10, n. 18, (p. 215-233), jun. 2013 [ed. em português].

22 Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim; *Controle de Convencionalidade / Conselho Nacional de Justiça*; Coordenação: - Brasília: CNJ, 2016.76, p. (p. 87).

do país constituem óbices de grande vulto ao controle interamericano de convencionalidade, “a estrutura federativa, o dualismo jurídico e o desconhecimento por parte das autoridades governamentais (especialmente as locais) do funcionamento do SIDH e da natureza jurídica de suas decisões”²³.

Direitos e proteção das mulheres no âmbito do SIDH

Em 1994 foi adotada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada Convenção do Belém do Pará, que, de certa maneira é a grande responsável pela evolução dos direitos e da proteção à mulher no âmbito interamericano. Este foi o primeiro tratado de âmbito internacional a reconhecer expressamente a violência contra a mulher como um problema generalizado na sociedade²⁴.

Inclusive, em seu preâmbulo²⁵, é possível perceber que

23 Dayse Ventura, Raísa Ortiz Cetra, *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*, 2012, (p. 06).

24 SOUZA, Mércia Cardoso De; MENDES, Gabriela Flávia Ribeiro; LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins; SANTANA, Jacira Maria Augusto Moreira Pavão; OLIVEIRA, Magnolia Bandeira Batista de; SILVA, Jaqueline Souza da. “A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha”. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7874>. Acesso em abr. 2018.

25 Organização dos Estados Americanos, Convenção Interamericana para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), 1994 “AFIRMANDO que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades; PREOCUPADOS por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente

houve uma preocupação em tutelar os direitos da mulher vítima de qualquer tipo de agressão, de forma específica. A CADH estabelece direitos aos indivíduos de forma mais abrangente e generalizada e, para enfatizar que a violência contra a mulher se tornou um problema amplo e presente em diversos países da Organização dos Estados Americanos, de fato foi necessária esta especificidade, ou seja, uma convenção temática e especial.

Na Convenção de Belém do Pará estão presentes dispositivos protetivos à mulher tais como o art. 5º:

Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Assim os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais com previsão genérica no artigo 26 da CADH e extensamente formalizados no Protocolo de San Salvador, se forem violados, gerarão uma pretensão resistida de um direito, logo, este dispositivo em destaque visa a enfatizar o caso específico das mulheres, dando maior visibilidade e efetividade este grupo social, que realmente integram uma parcela da sociedade que sofre constante discriminação, preconceitos e agressões, sejam elas de qualquer natureza.

desiguais entre mulheres e homens; CONVENCIDOS de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida; CONVENCIDOS de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela.

Este enfoque fica muito claro na redação do art. 6º da Convenção de Belém do Pará²⁶:

O direito de toda mulher a uma vida livre de violência abrange, entre outros: 1. **o direito da mulher de ser livre de todas as formas de discriminação**, e 2. o direito da mulher a ser valorizada e educada **livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação**. (grifo nosso).

O dispositivo em análise deixa nítida a intenção de se estabelecer, para a mulher, um plano de maior visibilidade e num patamar de sujeito de direitos, mesmo que os direitos previstos no Pacto de San José pudessem abranger o conteúdo nas normas da Convenção de Belém do Pará, numa interpretação mais ampla.

Logo, além das previsões nos tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que versam sobre esta matéria, aos quais, por óbvio, a mulher é contemplada, a Convenção de Belém do Pará tem o objetivo de reconhecer e fazer respeitar irrestritamente os direitos das mulheres, por ser isto uma condição indispensável para o desenvolvimento individual e para a criação de uma sociedade mais justa, solidária e pacífica.

A situação da mulher no Brasil e o Caso Maria da Penha Vs. Brasil

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil em 1995. É válido dizer que esta Convenção é resultado das reivindicações dos movimentos de mulheres e feministas que, na década de

26 <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>, acesso em 25/04/2018.

1970-1980, assumiram as ruas do Brasil para protestar contra as discriminações, desigualdades e todas as formas de violência contra as mulheres²⁷.

Entretanto, o reconhecimento do Brasil quanto a esta Convenção que tutela os interesses e direitos da mulher não enseja o seu automático cumprimento, conforme já discorrido nos capítulos anteriores, o Brasil é país que apesar de não integrar os mais demandados na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, está longe de ser um exemplo em relação ao cumprimento das convenções e tratados internacionais, uma das hipóteses deste descumprimento, conforme já explicitado e ressaltado novamente é até mesmo o “desconhecimento por parte das autoridades governamentais (especialmente as locais) do funcionamento do sistema e da natureza jurídica de suas decisões”²⁸.

Sendo assim, a proteção à mulher ainda não encontrava respaldo na legislação brasileira, o que perdurou até o ano de 2006, quando promulgada a denominada Lei Maria da Penha, que estabeleceu mecanismos de proteção para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Esta lei deriva do Caso *Maria da Penha Vs Brasil*, ajuizado no SIDH visto que, segundo a pretensa vítima, o seu agressor:

27 COLONEZE, Renata Lemos. *A Cegueira de Gênero na rede de atendimento às mulheres em situação de violência no município de Duque de Caxias, RJ: História, feminismo e construção de políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2017. 23f (p.06).

28 Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Coleção Fórum Direitos Humanos, vol. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2012, (p. 85).

foi duas vezes a julgamento. O primeiro foi oito anos depois do fato (1991). Ele foi condenado, mas saiu em liberdade por causa de recurso. Mas aí em 96 ele foi novamente a julgamento, foi condenado, saiu do fórum por conta de recursos e graças a Deus a gente conseguiu denunciar o descaso da justiça brasileira. (...) Depois do primeiro julgamento que ele foi condenado e saiu em liberdade, eu trouxe o processo para dentro do livro²⁹, contei a história e o que estava acontecendo. E esse livro chegou às mãos do CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional), uma ONG do Rio de Janeiro e da CLADEM (Comitê Latino Americano do Caribe em Defesa da Mulher). Juntos, conseguimos denunciar o Brasil na OEA³⁰.

Desta forma, o Caso Maria da Penha foi conhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que não foi possível alegar o prévio esgotamento dos recursos internos como requisito de admissibilidade, uma vez que não havia ainda decisão definitiva quanto ao processo, logo, utilizou-se da demora injustificável da jurisdição interna, possibilitando o acesso ao sistema de petições individuais. Conforme acentua Ventura:

Este foi o primeiro caso de aplicação por um organismo internacional de direitos humanos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 1994), publicando uma decisão inédita em que um país signatário foi declarado responsável pela violência doméstica praticada por um particular. Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos declarou o Estado brasileiro responsável por omissão e negligência, (...), somadas à tolerância em relação

29 Maria da Penha Maia Fernandes, *Sobrevivi, posso contar*, Fortaleza, 1994. Reedição em Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010;

30 *Entrevista concedida a Lucintha Gomes, “O nome de lei”*, *O Povo*, 18/11/2010. Disponível em <http://www.mpce.br> acesso em 24/04/2018.

à violência doméstica contra mulheres. Em 2002, em virtude da recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos o agressor da senhora Maria da Penha, foi finalmente preso, pouco antes da prescrição do crime³¹.

A denominada Lei Maria da Penha³² foi a primeira legislação brasileira que versou especificamente sobre a violência contra a mulher, sendo promulgada no ano de 2006, sob o nº 11.340. É nítido que o Caso Maria da Penha Vs. Brasil, concedeu a visibilidade necessária ao problema da violência doméstica contra a mulher e chamou a atenção do país para reforçar sua legislação quanto a este tema.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei em análise entendeu que tal violência era reflexo da ineficácia do Judiciário, recomendando uma investigação séria e a responsabilização penal do autor; por fim, recomendou a reparação da vítima, e a adoção, pelo Estado brasileiro, medidas de caráter nacional para coibir a violência contra a mulher³³.

Assim, diante das recomendações advindas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que em seu relatório pontuou que o Brasil deve evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil e, considerando a pressão da comunidade internacional, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006

31 Dayse Ventura, Raísa Ortiz Cetra, *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*, 2012, (p. 15).

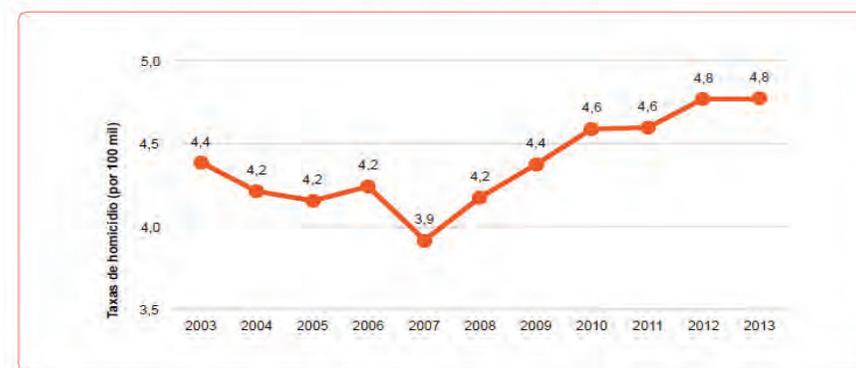
32 Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 9 abr. 2018.

33 Dayse Ventura, Raísa Ortiz Cetra, *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*, 2012.

– Lei Maria da Penha, em deferência à mulher que lutou contra à impunidade e que passou a representar outras mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil”³⁴.

A princípio, a promulgação da Lei Maria da Penha por si só já se mostrou efetiva, na data de sua vigência (2006) os crimes de violência doméstica contra a mulher já demonstraram uma efetiva queda:

Gráfico 1 Evolução das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil). Brasil. 2003/2013



Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

Conforme o gráfico³⁵ apresentado acima é possível perceber um declínio na taxa de homicídio no ano de 2006 e 2007, o que coincide com a vigência da lei.

A lei não trata de qualquer tipo de violência contra a mulher, mas sim aquelas baseadas no gênero, o que fica claro de acordo com a redação de seu art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação

34 Oliveira, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha [manuscrito]: Lei nº 11.340/2006 / Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de Oliveira. – 2011, (p. 36).

35 Mapa da Violência 2015. Homicídio de Mulheres no Brasil, <www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> acesso em 20 de abril de 2018.

ou omissão **baseada no gênero**(...) (grifo nosso). Além disso, estabelece medidas protetivas de urgência numa tentativa de se evitar um resultado trágico enquanto o processo está em trâmite; garante ainda o acompanhamento pela Defensoria Pública durante todo o procedimento, instituiu a criação de Juizados Especializados para os crimes nela previstos e, estabelece ainda, a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher.

Esta lei é um instrumento de extrema importância nas lutas feministas reivindicatórias de direitos de proteção às mulheres vítimas de violência, prevendo medidas protetivas, penas diferenciadas quando enquadrado este tipo específico de agressão, entretanto considerando, ainda, o gráfico 1 percebe-se que a lei não foi suficiente para combater este tipo de violência que, inclusive teve um enorme salto a partir do ano de 2010.

Políticas públicas implantadas no Brasil para garantir a proteção das mulheres

Inicialmente o próprio movimento feminista foi um importante marco para chamar a atenção para as questões reivindicadas pelas mulheres, sendo de certa forma, um precursor destas medidas. Seu fortalecimento se deu a partir dos anos 1970 e, em menos de uma década depois é possível observar que este repercutiu também no âmbito acadêmico, cujos reflexos, de imediato, se fizeram presentes na tentativa de incorporação da perspectiva de gênero nas políticas públicas e programas governamentais.

Alguns exemplos desta repercussão é a criação da primeira delegacia especializada de atendimento à mulher (DEAM),

no ano de 1985³⁶, ou então, a Convenção de Belém do Pará (1994), que teve como produto a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher que foi ratificada pelo Brasil em 1995, reconhecendo diversos direitos especificamente quanto às mulheres. E mais, no ano de 2006 a própria Lei Maria da Penha, que assegurou a criação de políticas públicas para a garantia dos direitos da mulher, por prever a criação de políticas públicas que venham a garantir os direitos das mulheres em suas relações domésticas e familiares, estas quando vítimas de violência devem ser encaminhadas a programas e serviços de proteção e assistência social³⁷.

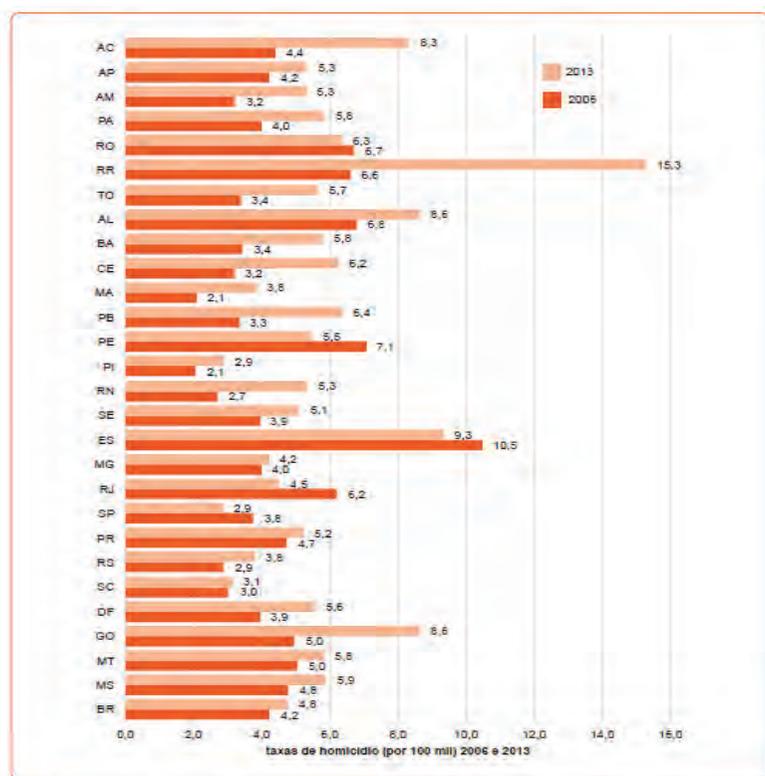
Além disso, outra medida de suma importância que foi implementada recentemente, em 2015, é a Lei n. 13.104/15 que alterou o Código Penal para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio: quando crime for praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. O parágrafo 2º-A foi acrescentado como norma explicativa do termo “razões da condição de sexo feminino”, que ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher; a lei acrescentou ainda o § 7º ao art. 121 do Código Penal estabelecendo causas de aumento de pena para o crime de feminicídio.

Finalmente, uma nova medida essencial para a avaliação da efetividade daquilo que se implementou, foi a criação do Sistema Nacional de Dados e Estatísticas sobre a violência doméstica,

36 COLONEZE, Renata Lemos. *A Cegueira de Gênero na rede de atendimento às mulheres em situação de violência no município de Duque de Caxias, RJ: História, feminismo e construção de políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2017. 23f (p. 03).

37 COLONEZE, Renata Lemos. *A Cegueira de Gênero na rede de atendimento às mulheres em situação de violência no município de Duque de Caxias, RJ: História, feminismo e construção de políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2017. 23f (p. 07).

determinado pela Lei Maria da Penha, sendo primordial para diagnosticar dados reveladores da violência doméstica de acordo com as diversas realidades de cada local³⁸. É a implementação deste sistema que possibilita aferir a efetividade quanto às políticas públicas criadas.



Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

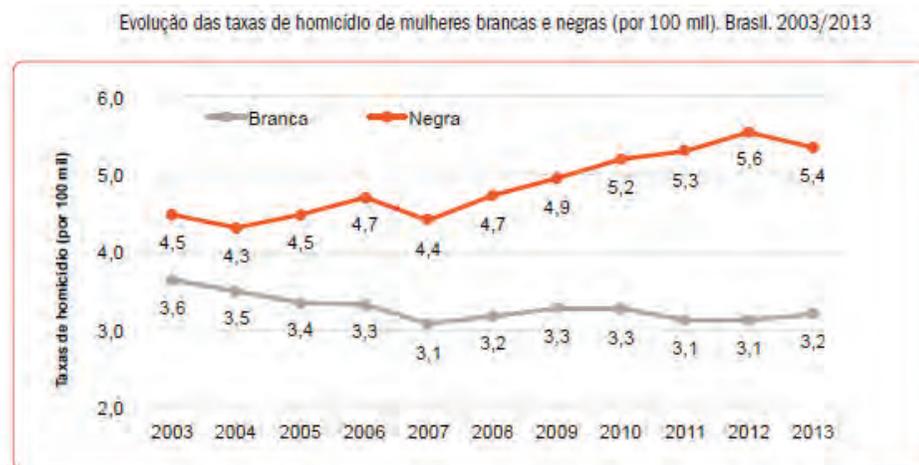
Gráfico 2: Taxas de homicídio de mulheres (por 100mil) por UF, Brasil. 2006 e 2013.

38 COLONEZE, Renata Lemos. *A Cegueira de Gênero na rede de atendimento às mulheres em situação de violência no município de Duque de Caxias, RJ: História, feminismo e construção de políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2017. 23f (p. 07).

Ao analisar o Gráfico 2³⁹ é possível perceber que ao comparar o ano de 2006 e de 2013, na maioria dos Estados, houve um aumento de homicídios de mulheres.

A taxa de homicídios de mulheres no Brasil é muito alta, sendo que ocupa a 5ª posição com maior número de homicídios⁴⁰. Outro fato interessante sobre estes índices são as características e circunstâncias em que o crime ocorre, por exemplo, por meio destas pesquisas do Mapa da Violência de 2015, é nítido que a população negra é vítima prioritária da violência homicida no país, como demonstrado no Gráfico 3 a seguir.

Gráfico 3⁴¹:



Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

39 Mapa da Violência 2015. Homicídios de Mulheres no Brasil, www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf, acesso em 21 de abril de 2018.

40 Mapa da Violência, 2015.

41 Mapa da Violência 2015, Homicídio de Mulheres no Brasil. <[ww.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>, acesso em 21 de abril de 2018.

Segundo os gráficos apresentados abaixo, é evidente ainda que na maioria das vezes o agressor é o próprio parceiro ou marido da vítima e, a população feminina negra detém um número maior de homicídios.



Fonte DataSenado 2013

Não obstante, a pesquisa DataSenado⁴², constatou que a educação diminui o sentimento de desrespeito à mulher no

42 < www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf> acesso em 10 de abril de 2018.

Brasil: mulheres que só estudaram até o ensino fundamental, sentem-se mais desrespeitadas que as mulheres que concluíram o ensino médio e o ensino superior. Dentre as primeiras, 48% não se sentem respeitadas. Já no segundo grupo, que possui ensino médio ou superior, por volta de 32% não se sentem respeitadas – dezesseis por cento a menos. Os dados confirmam o efeito positivo que educação exerce sobre a emancipação feminina no Brasil⁴³.

Conclusão

O presente estudo esclarece certos questionamentos acerca da luta e progressão dos direitos das mulheres como, por exemplo, os reflexos advindos do Caso Maria da Penha Vs Brasil, ajuizado e concluído, com relevantes recomendações e conclusões, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por meio litígio estratégico concretizaram-se anos da luta feminista, principalmente a almejava visibilidade para a luta por direitos iguais; a luta contra a discriminação; e a luta contra a violência no âmbito doméstico a que ficavam sujeitas as mulheres brasileiras. A criação de leis específicas de proteção para as mulheres, assim como, políticas públicas voltadas, especificamente, para este expressivo grupo, foi fator relevante e de conquista. É interessante ressaltar que, no ano da promulgação da Lei Maria da Penha, houve uma significativa queda nas taxas de homicídios de mulheres; infelizmente esta taxa voltou a crescer pouco tempo depois, o que pode ter se dado pela impunidade, morosidade e até pela falta de credibilidade e segurança que a justiça brasileira ainda apresenta.

43 Violência Doméstica contra a Mulher, Secretaria de Transparência DataSenado, 2013, (p. 08), <https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>acesso em 10 abr. 2018.

Deve-se destacar também a importância dos pactos e convenções internacionais, neste caso, os interamericanos, relativos aos direitos humanos e aqueles específicos sobre os direitos das mulheres, sendo por meio destes instrumentos internacionais que se concretizou a conquista por direitos e, portanto, maior visibilidade e empoderamento no cenário brasileiro e internacional, efetivando-se o que sempre se almejou, na luta por essas garantias. Não obstante, ressalta-se que por meio da adoção e ratificação das convenções, principalmente, advindas do SIDH, o Brasil terá a possibilidade de efetivar direitos fundamentais, no que tange o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este respaldo desencadeará, diretamente, maior segurança jurídica aos seus cidadãos.

Felizmente, pode-se dizer que houve avanço e enorme evolução quanto aos direitos das mulheres e, mais importante, sua implementação, tendo em vista que por meio da Lei Maria da Penha, aprovada no Brasil após recomendação da Comissão Interamericana, foram efetivadas medidas como a implantação de delegacias especializadas para o atendimento à mulher, realização de campanhas para incentivar a denúncia em razão da violência contra a mulher, o levantamento e análise de dados para a criação de estatísticas quanto à situação em que a mulher se encontra: como são as agressões; quem seria o agressor; a idade das vítimas; a cor, entre outros, o que facilita a delimitação de grupos de maior risco.

Desta forma, possibilita-se a elaboração de políticas públicas especialmente direcionadas a esses grupos, que possuem maior grau de vulnerabilidade. Entretanto, é seguro dizer que as ações brasileiras ainda são tímidas e poderia haver uma mobilização bem maior do poder público. Constata-se que a cultura da sociedade brasileira ainda é extremamente machista e não é coincidência que o machismo e a falta de instrução e educação, propriamente dita, andam lado a lado.

O pensamento e as atitudes machistas ainda podem ser reconhecidos na maioria dos brasileiros sendo difícil obter-se a mudança desta mentalidade ou comportamento. Somente a educação pode desempenhar esse papel, o que torna o desafio ainda maior, uma vez que esta está longe de ser uma prioridade no país.

Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Alfonso Carrillo González**

Introducción

En la actualidad puedo observar los avances tecnológicos tan notables que han sucedido a partir del 22 de noviembre de 1969, fecha en la que se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), resultado de la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos celebrada en San José, Costa Rica.¹ Sin embargo, los adelantos en materia de derechos humanos –por lo menos en la práctica judicial en México– desafortunadamente no han sido tan acelerados. Sí han existido cambios sustanciales, pero persisten todavía bastantes retos de difícil resolución.

Si bien es cierto este análisis se centrará a partir de la fecha en que nació el tratado en comento, me gustaría primero resaltar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su capítulo primero –perteneciente al título primero denominado

* Abogado asesor y representante en juicios de derecho privado, máster en Administración de Empresas, profesor de Derecho Civil y Mercantil en diversas universidades; además, miembro de la Barra Mexicana de Abogados, Asociación Civil, capítulo Puebla.

1 Organización de los Estados Americanos. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, realizada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Costa Rica.

“De las garantías individuales”– sostenía en su artículo 1º que todo individuo gozaría de las garantías otorgadas por dicha Constitución. Es importante señalar este aspecto, porque en gran parte del siglo pasado la legislación mexicana no concebía el término de derechos humanos. Asimismo, tampoco concebía personas sino individuos y además que estos gozaban de las garantías individuales porque la Constitución se las otorgaba.

Fue hasta 2011, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación² el 10 de junio de ese año, cuando se cambió el nombre del citado capítulo y dejó de llamarse “De las garantías individuales” para denominarse “De los derechos humanos y sus garantías”. De igual manera, esta reforma modificó el término “individuos” por “personas”; precisó, además, que estas gozarían de los derechos humanos que la Constitución reconoce y los contenidos en los tratados internacionales que México suscriba.

El anterior antecedente me pareció importante porque muestra la percepción que poseían el Gobierno, las leyes y –en general– las autoridades respecto de los derechos de su población.

Aunado a lo anterior, hay que considerar también que fue hasta el 24 de marzo de 1981 cuando México se adhirió a la CADH; lo hizo con dos declaraciones interpretativas y una reserva. Bajo estos antecedentes, no debe sorprendernos que en los años subsiguientes a la fecha de dicha adhesión los tribunales mexicanos prácticamente no señalaran, en su jurisprudencia, alusión alguna a los tratados internacionales.

2 Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, Ciudad de México, 2006, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

I. Análisis de la jurisprudencia por épocas

Considerando que la CADH se aprobó en 1969, retomo entonces dicho año para realizar una búsqueda a través del portal de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la Suprema Corte)³, máximo tribunal en México.

Me parece oportuno señalar que la Suprema Corte divide la jurisprudencia por épocas; cada cambio obedece a las modificaciones trascendentes hechas a la Constitución o a las leyes federales. En consecuencia, el análisis que expondré de los criterios emitidos por los tribunales federales corresponderá al periodo comprendido entre la época séptima hasta llegar a la actual, que es la décima.

1. Séptima época

En el apartado de la sistematización de la jurisprudencia pude constatar que entre el 1 de enero de 1969 y el 14 de enero de 1988, la denominada séptima época de la compilación de jurisprudencia integrada por 228 volúmenes⁴, no existe registro alguno sobre la CADH aunque sí se alude a tratados internacionales en general.

Ejemplo de ello fue la tesis emitida por el pleno de la Suprema Corte el 14 de mayo de 1985⁵, la cual refirió que cualquier

3 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

4 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4>

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/>

tratado es un acto materialmente legislativo y por eso sostuvo que no debía fundarse ni motivarse, pues bastaba que la autoridad emisora tuviera facultades para realizarlo.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de acuerdo a la jerarquía de tribunales federales se encuentra inmediatamente debajo de la Suprema Corte y –por el número de circuito– pertenece a la Ciudad de México. Este ente sostuvo en 1981 tres criterios en el mismo sentido, explicando que el artículo 133 constitucional no establecía que los tratados tuvieran una aplicación preferente de cara a las leyes federales.

Me permito profundizar sobre este criterio uniforme que sostenían los tribunales mexicanos, en el sentido de que un tratado no podía ser aplicado en contravención al contenido de una norma federal. Si bien es cierto que el Convenio de Viena sobre los tratados en su artículo 27 señala lo contrario –es decir, que el Estado una vez firmado el tratado no puede alegar desconocimiento por pugnar con una norma de derecho interno– México no había suscrito dicho tratado; lo hizo hasta 1986.

Otro criterio digno de ser resaltado fue el sostenido en ese entonces por un magistrado de tribunal colegiado, quien después ocuparía el cargo de ministro en el Suprema Corte; este señaló que el tratado, si bien parte del derecho internacional, debe considerarse como regla del derecho nacional haciéndose uno solo y por ello no debía asumirse que el derecho internacional estuviera por encima de las leyes federales⁶.

[DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1000000fd000000&Apendice=1000000000000&Expresion=232260%2520&Dominio=Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=232260&Hit=1&IDs=232260&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=](http://www.sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1000000fd000000&Apendice=1000000000000&Expresion=232260%2520&Dominio=Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=232260&Hit=1&IDs=232260&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/>

Antes de concluir con este apartado, me parece atinado explicar la creencia generalizada en todos los tribunales mexicanos en lo relativo a que un tratado internacional –debidamente firmado por quien tenga facultades dentro del Estado– no puede ni podrá ir en contra de la Constitución; es decir, que siempre se ha sostenido que los tratados están por debajo de esta en la jerarquía de las leyes. Sobra mencionar que en el ámbito del derecho internacional, México ha perdido casos por esta creencia errónea y –sobre todo– ha pagado cuantiosas sumas de dinero por motivo de reparación del daño.

En las siguientes épocas podré demostrar que, si bien existió un cambio de criterio, ello no significó mucho en la práctica ni ha alcanzado el verdadero sentido del artículo 27 del Convenio de Viena sobre los tratados⁷.

2. Octava época

En cuanto a la revisión electrónica de la compilación de jurisprudencia en México perteneciente al período del 15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995, denominada octava época⁸ e integrada por quince tomos y 87 gacetas, tampoco encontré registro que tratara sobre la CADH aunque sí sobre otros tratados internacionales.

[DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1000000fd000000&Apendice=1000000000000&Expresion=250698%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=250698&Hit=1&IDs=250698&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=](http://www.sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1000000fd000000&Apendice=1000000000000&Expresion=250698%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=250698&Hit=1&IDs=250698&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

7 *Ibid.*

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4>

La primera jurisprudencia que ubiqué referente a este periodo fue del 30 de junio de 1992 y señalaba lo ya apuntado anteriormente en el sentido de que un tratado siempre se encontraba jerárquicamente por debajo de la Constitución, aunque en igual rango que las leyes federales.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de esta como los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la república, que estén de acuerdo con la Ley Fundamental, ocupan ambos el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas dentro del orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa⁹.

El 5 de octubre de 1990, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito señaló un criterio muy importante y, en mi opinión, atinado pues sostuvo que un tratado forma parte del derecho y como tal no puede exigirse que se demuestre pues solo los hechos son objeto de prueba, no así el derecho¹⁰.

9 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en [http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd0000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=205596%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.3.4.5.7&ID=205596&Hit=1&IDs=205596&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=205596%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.3.4.5.7&ID=205596&Hit=1&IDs=205596&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

10 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd0000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=224632%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.3.4.5.7&ID=224632&Hit=1&IDs=224632&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

3. Novena época

Se integró por 34 tomos semestrales con edición mensual, iniciándose el 4 de febrero de 1995 para finalizar el 3 de octubre de 2011¹¹. Resalta en este periodo la existencia de criterios por parte de los tribunales mexicanos que sí hicieron referencia expresa a la CADH; si bien es cierto, como lo comentaré más adelante, algunos no fueron los más acertados.

La Suprema Corte del periodo de mayo de 1995 a julio de 1999 sostuvo, en diversos criterios, que el Poder Judicial de la Federación era el único facultado para examinar la constitucionalidad de los actos de autoridad¹²; con ello señaló que el artículo 133 constitucional no permitía un control difuso¹³. Luego, en noviembre de 2011, dicho criterio sería reemplazado con motivo del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH

11 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4>

12 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=73%2F99&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.7&ID=193558&Hit=2&IDs=192967,193558,193702&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

13 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=74%2F99&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=7&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.7&ID=193435&Hit=6&IDs=167658,169726,174470,180679,192969,193435,193698&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

o la Corte Interamericana) en el caso Rosendo Radilla contra México, al que haré referencia más adelante.

El 13 de diciembre de 2002, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito emitió una resolución con la cual determinaba que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) no eran obligatorias para México.

En tal virtud, resulta incorrecta la afirmación en el sentido de que el incumplimiento a una recomendación de esa entidad regional transgrede el artículo 133 constitucional pues, según aduce el recurrente, conforme a dicho precepto la CADH forma parte integral de la legislación nacional. Y el hecho de que este instrumento hubiere sido aceptado por el Estado mexicano, con el compromiso de compartir el interés por tomar medidas de acuerdo con la legislación nacional para el respeto a los derechos humanos, no significa que las recomendaciones de la CIDH tengan carácter obligatorio.

Quiero enfatizar que fue hasta el 16 de diciembre de 1998 cuando México reconoció la competencia de la Corte Interamericana, sumándose a una mayor transparencia sobre el tema; sin embargo, a nivel institucional y jurisdiccional las prácticas en favor de los derechos humanos no fueron ni han sido las mejores. A reserva de mencionar al final de este análisis los puntos estratégicos sobre los que hay que planificar y ejecutar, me limitaré por el momento a señalar que es tarea principal de los abogados profundizar en el conocimiento de los derechos humanos y hacerlos valer en tribunales y ante cualquier autoridad.

El 13 de agosto de 2003, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito resolvió que el artículo 51 de la Ley de Seguridad Pública de San Luis Potosí vulneraba la garantía

de audiencia, contemplada en el artículo 8 de la CADH pues aquella disposición prohibía la presencia de abogados, patronos, asesores o apoderados de las partes en la audiencia desarrollada dentro del procedimiento seguido ante las comisiones de honor y justicia¹⁴. Este criterio jurisdiccional, además de ocupar el texto de la CADH, profundizó sobre los derechos humanos a los que toda persona debe tener acceso.

Por su parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió –el 21 de enero de 2010– un criterio muy importante pues alberga el principio del control de la convencionalidad; es decir, que los jueces mexicanos están facultados para eliminar todas las disposiciones del derecho interno que mermen o limiten los derechos contenidos en la CADH, contrariando su objeto y finalidad¹⁵. Asimismo, este tribunal sostuvo que “en atención al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues a fin de garantizar el pleno acceso a la administración de justicia de los gobernados en lugar de sobreseer [...] se debe enviar el asunto al órgano competente a fin de que sea éste quien resuelva sobre

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=182764&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.7&ID=182764&Hit=1&IDs=182764&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=100e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=165074&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.7&ID=165074&Hit=1&IDs=165074&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

la pretensión planteada”¹⁶. Es decir, el criterio emitido por este tribunal pugnaba para que el Estado concediera a toda persona bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de derechos y así lo sostuvo en reiteradas ocasiones, hasta formar un criterio firme de jurisprudencia¹⁷.

Sin embargo, esta jurisprudencia se enfrentó con otros criterios que sostuvieron lo contrario; por ello, la Segunda Sala de la Suprema Corte interpretó –el 8 de julio de 2015– que el artículo 25 de la CADH dispone que el recurso solamente sea efectivo cuando el particular lo presenta ante la autoridad competente, porque supuestamente así lo señala el numeral 25.1¹⁸ de ese cuerpo normativo regional. Disiento de dicho criterio ya que, sobre todo en materia administrativa, las leyes procesales constituyen verdaderas trampas en cuanto a la competencia de los tribunales; de ahí que resulte vulnerado el derecho al recurso efectivo.

En 2016 y 2017 se denunciaron contradicciones de tesis con números 389/2016 y 5/2017, pendientes de resolverse por la Suprema Corte, con lo cual espero una reflexiva revisión del último criterio sostenido y verificar que sí afecta los derechos humanos.

El Cuarto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, dentro del periodo de enero a junio de 2010 sostuvo en varias sentencias –con base en la CADH– el beneficio del procesado

16 *Ibid.*

17 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2002436&Clase=DetalleTesisBL>

18 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2010356&Clase=DetalleTesisBL>

por un delito a recibir una pena más breve si con posterioridad a su comisión la ley así lo dispone.

En cuanto a los derechos políticos, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió dentro de la acción de inconstitucionalidad el 12 de enero de 2010 –con fundamento en los artículos 23 de la CADH y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– que tales derechos no deben tener restricciones discriminatorias sino que deben atender a cuestiones de necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática¹⁹.

Sobre el recurso judicial efectivo previsto por el artículo 25 de la CADH, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito determinó –en diversas sentencias del periodo de febrero a marzo de 2011– que las resoluciones emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no transgreden el derecho humano referido, porque puede promoverse el juicio de amparo directo contemplado en la normativa mexicana denominada Ley de Amparo²⁰.

19 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd00000000&Apendice=1000000000000&Expresion=162824%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=162824&Hit=1&IDs=162824&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

20 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd00000000&Apendice=1000000000000&Expresion=161822&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=161822&Hit=1&IDs=161822&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

El 28 de noviembre de 2011, la Suprema Corte resolvió considerando no solamente los artículos de la CADH sino también en cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH resultante del caso Rosendo Radilla contra México. Por ello planteó que

el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia²¹.

21 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=10000fd00000000&Apendice=100000000000>

4. Décima época

Esta se integró a partir del 4 de octubre de 2011 y subsiste hasta la redacción de este artículo.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en varias ocasiones reiteró en sus sentencias la interpretación que la Corte Interamericana ha sostenido en cuanto al recurso judicial efectivo; “es decir, ser capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada”²².

El 3 de septiembre de 2013, la Suprema Corte señaló que todos los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH son vinculantes para el Estado mexicano²³. Cabe mencionar que en la votación de los once ministros, solamente seis admitieron la vinculación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con independencia de que México haya sido o no parte en el litigio ante dicha entidad jurisdiccional regional.

No obstante que la Suprema Corte admitió tal vinculación, ello estuvo motivado por el mandato establecido en el artículo 1º constitucional –que contiene el principio *pro personae*– y no

0&Expresion=160488%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,7&ID=160488&Hit=1&IDs=160488&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

22 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2002436%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2002436&Hit=1&IDs=2002436&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

23 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018.

por la obligatoriedad resultante de la firma de la CADH, máxime que México aceptó ya la competencia de la Corte Interamericana. Asimismo, me llamó la atención que la Suprema Corte haya ordenado la armonización de la jurisprudencia interamericana con la nacional, cuando en mi opinión no hay cabida para tal armonización y si acaso existiera, debiera ser al revés; es decir, la jurisprudencia mexicana con la emitida por la Corte IDH.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer circuito sostuvo –en reiteradas sentencias– que si el derecho fundamental con sus principios y lineamientos está previsto en la Constitución mexicana y en idéntica forma en algún tratado internacional será innecesario aplicar la norma de fuente internacional y preferir la de origen interno, lo cual es constitucionalmente suficiente²⁴. Sin embargo, me parece que el criterio anterior origina una constante revisión, análisis y comparación entre el derecho interno y el tratado para asegurarse que efectivamente contienen los mismos principios y beneficios, y que no se vulneran los derechos humanos. Por tanto, lejos de simplificar la actuación de los tribunales, este criterio les impone el estar siempre revisando y comparando diversas legislaciones nacionales y tratados internacionales para verificar que se está proporcionando a la persona el mayor beneficio.

En este sentido, también el siguiente criterio enmarca una problemática al juzgador pues señala que el estudio de los derechos humanos a partir de la reforma al artículo 1º constitucional –en la cual se introdujo dicho concepto– no implica el acudir a los

24 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2003548%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2003548&Hit=1&IDs=2003548&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

previstos en instrumentos internacionales, siempre y cuando la previsión que contenga la Constitución sea suficiente²⁵. A esta consideración surge la siguiente interrogante: ¿Cómo demostrar que la previsión en el derecho interno es suficiente y por ello no se debe acudir al texto de tratados internacionales? La respuesta tendrá como ingrediente que el juzgador deberá entonces analizar y comparar las normas de derecho interno y los tratados, para justificar que las primeras son suficientes.

Ante la problemática surgida por estos criterios, la Suprema Corte tiene pendiente resolver la denuncia relativa a la contradicción de tesis 34/2018.

Otro criterio relevante fue el publicado el 6 de diciembre de 2013 por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en el cual se sostuvo que la autoridad jurisdiccional tiene como obligación ineludible el control de convencionalidad y que debe ejercerlo aun de oficio²⁶. También sostuvo que si alguna autoridad no lo hiciera así, compromete la responsabilidad internacional del Estado mexicano por incumplir los derechos reconocidos a las personas en la CADH, ya que el “estado es responsable por actos u

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2002747%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2002747&Hit=1&IDs=2002747&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

26 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2005056%2520&Dominio=Rubro,Texto,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2005056&Hit=1&IDs=2005056&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados”²⁷.

Mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2016, la Suprema Corte sostuvo la diferencia entre el artículo 25 de la CADH y su artículo 8.2 h) pues el primero se refiere al derecho a un recurso judicial efectivo que proteja derechos fundamentales de fuente nacional o convencional, mientras el segundo establece el derecho a la revisión en un nivel superior como un mecanismo de segunda instancia en el marco de un proceso²⁸.

El Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México, emitió el 22 de septiembre de 2016 un criterio estableciendo que las personas morales o jurídicas son “titulares de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines”²⁹.

Al respecto, cabe señalar que en la Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por Panamá,

27 *Ibid.*

28 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2015240%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=2015240&Hit=1&IDs=2015240&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

29 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2014183&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=2014183&Hit=1&IDs=2014183&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

la Corte Interamericana concluyó que se desprendía “con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano”.³⁰ Las razones que dio se basaron en dos principios: el *pro personae* y el de progresividad. En cuanto al primero, no creo que fundamente el actuar pues –precisamente– el objetivo era esclarecer el concepto de persona y si este le era aplicable a las jurídicas como titulares de derechos convencionales. Sobre el segundo principio, me parece también incorrecto ya que la progresividad se refiere al mayor y mejor disfrute de los derechos y las situaciones que pueda abarcar la protección; no a los sujetos que puedan beneficiarse sobre la protección de dichos derechos.

En este mismo tema y sentido, la jurisprudencia sostenida por la Suprema Corte el 24 de febrero de 2014 indicó que –para gozar de los derechos humanos– el artículo 1° de la Constitución no distingue entre personas físicas o morales; por tanto, ambas son sus titulares³¹.

30 Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 solicitada por Panamá, párr. 70, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

31 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanao Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3000000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2008584%2520&Dominio=Rubro.Texto.Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=2008584&Hit=1&IDs=2008584&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

II. Prácticas judiciales que atentan contra de los derechos humanos

Antes de exponer dichas prácticas debo aclarar que estas son principalmente llevadas a cabo en la ciudad de Puebla, perteneciente a una de las entidades federativas también denominada Puebla, donde habitualmente represento en juicio a diversos clientes.

La primera de esas prácticas desarrolladas por las autoridades judiciales en materia familiar consiste en no respetar, principalmente, el derecho de las mujeres a no entablar ningún medio de conciliación con su agresor cuando han sido víctima de violencia familiar.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla³² señala en su artículo 220 que la conciliación procederá en todos los juicios, salvo que se trate de derechos no transigibles. Por su parte, el artículo 218 del mismo Código obliga al actor a una audiencia de conciliación procesal y de no asistir sin justa causa lo apercibe que se decretará el sobreseimiento del juicio.

Cuando una mujer inicia alguna acción en materia familiar por haber sufrido violencia, ha sido la práctica común y reiterada de los juzgadores respectivos obligarla para que comparezca a dicha conciliación. Ello, no obstante que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia³³ –en su artículo 8, fracción IV– señala que deben evitarse procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el agresor y la víctima.

32 H. Congreso del Estado de Puebla, disponible en http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2&tmpl=component&format=raw&Itemid=485

33 Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, Ciudad de México, 200, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_220617.pdf

Aun cuando en el escrito inicial de demanda se señalan debidamente dichas disposiciones –además de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belem Do Para” de la que México es parte desde 1999; o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aplicable en México desde 1981– lo cierto es que las autoridades no están familiarizadas con dichos instrumentos internacionales, ni con las propias leyes mexicanas.

Lo anterior ha dado pie a complicaciones procesales, recursos, retardos innecesarios en la administración de justicia e incluso –en algunos casos– presentación de quejas administrativas contra servidores públicos.

Otra práctica también recurrente en los mismos juzgados familiares es el indebido desahogo de pruebas a menores de edad, sin que se respeten ni consideren los tratados internacionales o el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, editado por la Suprema Corte³⁴; por tanto, sin que se consideren los siguientes puntos:

4. Sobre el testimonio de la niña, el niño o el adolescente. Registro de la participación del niño.
6. Privacidad.
10. Temporalidad y duración de la participación infantil.
11. Las periciales infantiles. Registro.

34 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>

Otra práctica en perjuicio de los derechos humanos consiste en no respetar el artículo 25 de la CADH, pues existen resoluciones contra las cuales no se permite ningún medio de defensa: tal es el caso de las sentencias emitidas en segunda instancia por los magistrados de Sala, cuando ordenan reponer el procedimiento.

En efecto, si se promueve juicio de amparo directo el tribunal colegiado se declarará incompetente y lo enviará al juzgado de distrito; este último desechará la demanda de amparo o en su caso sobreseerá el juicio, argumentando que no causa perjuicio a los derechos humanos la sentencia de la segunda instancia que ordenó reponer el procedimiento. Queda así, pues, firme la resolución no obstante que muchas veces la orden de reposición fue ilegal.

Ejemplo de lo anterior es la sentencia consultable en el sistema de expedientes del Consejo de la Judicatura Federal, en la cual se ordena que la reposición del procedimiento no pueda ser combatida por ningún medio legal³⁵; sirve como su apoyo el criterio sobre actos de imposible reparación, el cual establece lo siguiente: “No lo son las violaciones procesales, aun cuando puedan calificarse como de grado predominante o superior, para efectos de la procedencia del amparo indirecto (Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de abril de 2013)”³⁶.

35 Consejo de la Judicatura Federal. Dirección General de Estadística Judicial, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=194/01940000183830590003003.docx_1&sec=Martha_Concepci%C3%B3n_Anzures_Valladares&svp=1

36 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semana Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=actos%2520de%2520imposible%2520reparaci%25C3%25B3n%2520no%2520lo%2520son%2520as%2520violaciones&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=71&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&In

Dicha sentencia negó estudiar si la orden de reponer el procedimiento era ilegal o no porque –según los tribunales– no encuentra apoyo en derechos sustantivos como lo son la rapidez en la administración de justicia, a un recurso judicial efectivo y a obtener una respuesta definitiva sobre las decisiones de las partes. Así sostuvo que, en consecuencia, no se afecta el derecho humano a la tutela judicial efectiva ni la firmeza de las resoluciones judiciales para brindar seguridad jurídica.

También desconoció lo señalado por la Corte Interamericana en lo relativo a que cualquier acción positiva o negativa por parte de la autoridad para retrasar el dictado de la sentencia, constituye una afectación a los derechos humanos; tal es el caso de la orden de reponer el procedimiento.

La mencionada sentencia tampoco observó lo dicho por la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido de que, si se va a limitar el ejercicio del amparo para algunos actos, el Estado deberá proporcionar otros recursos para que puedan ser recurridos a través de un medio eficaz. Situación que en la especie no ocurrió, configurándose un escenario de indefensión permanente por el transcurso del tiempo y contrariando el contenido del artículo 25 de la CADH.

Además, la parte que se quejaba de la contravención de su derecho humano tenía 77 años y en atención a nuevos requerimientos que implican mayor tiempo, desde luego que se convierten en graves debido a su edad.

Incluso la sentencia emitida por la Sala que ordenó la reposición del procedimiento, limitó al solicitante el goce y disfrute para tener una vida digna que satisfaga sus necesidades de alimentación, salud y cuidados médicos, en atención a que puede disponer de dichos bienes por contar con la titularidad de los mismos tras haberla ganado así en juicio. Sin embargo, ahora ello resulta una expectativa a resolverse otra vez judicialmente en atención a que se ordenó reponer dicho procedimiento.

El tribunal no dio contestación al argumento de que si bien es cierto nadie tiene la vida asegurada, es cierto también que dado lo avanzado de la edad del solicitante y el no gozar de buena salud repercuten en las condiciones para enfrentar la reposición del procedimiento, modificando drásticamente el curso de su vida.

Otro caso en el que la sentencia que ordenó la reposición del procedimiento no fue estudiada en virtud de señalar que contra esa determinación no existe un recurso efectivo³⁷, utilizó el criterio –en mi opinión muy desafortunado– emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito que sostuvo que el acto de imposible reparación no lo es el simple retardo en la administración de justicia³⁸.

37 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=183/01830000220341890003002.docx_1&sec=MARTIN_AMADOR_IBARRA&svp=1

38 Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Semanario Judicial de la Federación”, Ciudad de México, 2018, disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=acto%2520de%2520imposible%2520reparaci%25C3%25B3n%2520no%2520lo%2520es%2520el%2520simple%2520%2520retardo%2520en%2520la&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSelecciones=6,1,2,50,7&ID=167805&Hit=1&IDs=167805&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema

El anterior criterio pugna con lo señalado por la CADH, la cual desde luego sostiene que la administración de justicia debe ser rápida y eficaz o –de lo contrario– se vulnera el derecho humano.

Es importante mencionar que al final de esta ejecutoria, una de las magistradas disintió del criterio de la mayoría señalando que debía “darse respuesta a los planteamientos de la recurrente acerca de que si por el hecho de que combate la circunstancia relativa a que la sala debió estudiar todas las violaciones procesales, entonces es o no de imposible reparación la omisión de la sala”³⁹.

Con el anterior párrafo, intento demostrar que en el camino de los derechos humanos hay luces que empiezan a encenderse, ventanas y en algunas ocasiones hasta puertas que se abren; que en algunos casos se apagan y luego se cierran. Sin embargo, en lo personal ello me anima a seguir –en primer lugar– estudiando y preparándome cada día más con el objetivo de lograr que las personas consigan lo perseguido en el juicio, se haga justicia –en su persona, bienes o pretensiones– y contribuir con el Estado de derecho que redundará en una mejor sociedad.

No puedo poner un punto final a este tema pues los cambios sociales, culturales, políticos, sociológicos y económicos harán que el derecho circule, se dinamice aún más y –para ello– debo estar preparado. Pienso, pues, que la clave está en la educación y preparación de uno mismo; también en señalar a la autoridad las normas que desconoce, que no aplica o incluso que no quiera aplicar promoviendo –cuando sean necesarios– los procedimientos o recursos apropiados. Insisto, el campo de los derechos humanos es ilimitado.

39 *Ibid.*

A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil

*Felipe Otávio Moraes Alves**

*Micaela Amorim Ferreira**

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nota-se uma maior interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno do Brasil, e com a adesão à **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)** – doravante CADH ou Pacto – pelo Pacto de San José da Costa Rica¹, houve um fortalecimento na sistemática de proteção e reparação dos direitos mais fundamentais do indivíduo. Por conseguinte, inegável é sua contribuição para a promoção dos direitos humanos no

* Mestrando em Direito pela UNESP. Bacharel em Direito pela UFG. Pesquisador pela UNESP, no CEP 14409-160, na área de Direito Digital, correlacionando tecnologia, como a Internet, ao Direito, nas violações de direitos fundamentais. Currículo Lattes: <<https://www.escavador.com/sobre/4654313/felipe-otavio-moraes-alves>>

** Mestranda e Bacharela em Direito pela Unesp. Pesquisadora pela UNESP, no CEP 14409-160, na área de Direito Penal, correlacionando com as violações de direitos humanos. Currículo Lattes: <<https://www.escavador.com/sobre/10706848/micaela-amorim-ferreira>>

1 Por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Brasil, a partir de 1998², quando aliada a uma atuação efetiva dos operadores do direito, viabilizando avanços significativos³.

Destarte, o presente artigo visa compreender a repercussão da CADH no ordenamento jurídico brasileiro, realizando-se análise sob dois prismas: tratando acerca das condenações do Brasil na **Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)** – doravante Corte Interamericana – e a implementação dessas decisões no ordenamento brasileiro; e, observando as referências à CADH ou decisões da Corte Interamericana nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF).

No presente artigo propõe-se a, no primeiro capítulo, discutir acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. No capítulo seguinte, abordar os casos em que o Brasil foi parte, principalmente quanto às recomendações e condenações, na Comissão Interamericana na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No último capítulo, busca-se analisar a influência desse tratado na jurisprudência do STF, e, por fim, observar a eficácia das decisões dessas instituições frente o Poder Judiciário Brasileiro.

A partir desse panorama, da ainda insuficiente proatividade estatal na tutela dos direitos humanos no Brasil, pelos diversos exemplos a serem inframencionados e vivenciados pela população, visa-se, com olhar crítico, examinar como a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos influenciou o Direito Interno brasileiro, averiguando resultados positivos e negativos. O direito comparado e a análise jurisprudencial serão as principais ferramentas de análise. E com o uso do

2 O Brasil ratificou sua jurisdição à Corte Interamericana em 1998.

3 PIOVESAN, Flávia. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”. In: *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop*. 2017. pp. 87-104.

método dedutivo, do direito comparado, costumes, bom senso e a moderação fático-lógica – com dados jurisprudenciais – deve-se alcançar conclusões e, principalmente, soluções com a devida transparência, finalidade legítima e proporcionalidade.

1. Sobre o Pacto de San José

O Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (CADH)⁴, é um tratado que foi celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA) em 1969. No entanto, apenas entrou em vigor após a décima primeira ratificação, em dezoito de julho de 1978.

Em seus 81 artigos, o Pacto visa tutelar, em geral, os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. Trata, ainda, de garantias judiciais, liberdade de pensamento e associação e proteção à família. Nota-se forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao tratar do ideal de ser humano livre, em pleno gozo de seus direitos econômicos, sociais e culturais, além dos direitos civis e políticos⁵.

A CADH criou em seu âmbito: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH possui diversas funções, como o dever de promover a defesa dos direitos humanos, formular recomendações aos Estados membros, além

4 AMERICANOS, Organização dos Estados. “*Pacto de San José da Costa Rica*”. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

5 MAIA, Luciano Mariz. “O Brasil antes e depois do Pacto de San José”. *Boletim Científico-Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano I, v. 4, pp. 81-98, 2002.

disso, tem competência para apresentar demandas perante a Corte Interamericana. A Corte IDH em si possui função de julgar casos de violação de direitos protegidos na CADH no caso de inércia do Estado membro, podendo ser decisões contenciosas ou consultivas, sem respaldo de recurso sobre o mérito⁶.

Em vista da realidade sócio-política que vivia a América Latina no contexto de criação da CADH, de problemas que ainda persistem na contemporaneidade, em que apenas os países latino-americanos foram signatários, sua redação devidamente observou a realidade regional, evidenciada pelas questões referentes à liberdade e à economia, além das questões sociais e culturais das localidades⁷.

1.1 Histórico do Pacto no Brasil

1.1.1 Promulgação e vigência

O Brasil ratificou a CADH em 25 de setembro de 1992, tendo validade no ordenamento interno com a aprovação do Decreto 678 de seis de novembro de 1992⁸. Contudo, o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana veio somente seis anos após, com o Decreto 89 de três de dezembro de 1998⁹, e desde então, diversos casos já foram analisados pela CIDH e julgados pela Corte Interamericana.

6 LOPES, Lucas Tófoli. “Direitos humanos e o Pacto de San José da Costa Rica”. Disponível em: <<http://direitoaponto.blogfolha.uol.com.br/2017/05/26/direitos-humanos-e-o-pacto-de-san-jose-da-costa-rica/?loggedpaywall>>. Acesso em: 14 de abr. de 2018.

7 MAIA. “O Brasil antes e depois...”. 81-98.

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

9 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=537575&id=14269430&idBinario=15651233&mime=application/rtf>>.

Inicialmente, a integração do Pacto não foi pacífica, pois à época, os tratados ratificados pelo Brasil, ao entrarem no ordenamento jurídico brasileiro, possuíam *status* de lei ordinária¹⁰. No entanto, em relação à CADH, muitos juristas defendiam a consideração do disposto no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição Federal de 1988 (CF/88), devendo esse instrumento fazer jus a um *status* diferenciado¹¹.

O referido dispositivo constitucional assim dispõe: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹². Mesmo assim, a visão tradicional do STF, em posição firmada em 1977 no julgamento do Recurso Especial 80.000/SE, sustentava que os tratados internacionais, inclusive os que versassem sobre direitos humanos, gozavam deste *status* de lei ordinária.

Somente a partir 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 (EC 45/04), que esta visão fora superada. Com seu advento, foi adicionado ao artigo quinto, da CF/88, o parágrafo terceiro, o qual dispõe que: “Os tratados e convenções que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

10 Com base na hierarquia das normas preconizada por Hans Kelsen, a lei ordinária é considerada uma norma primária, retirando seu fundamento de validade diretamente da Constituição, norma fundamental, hierarquicamente superior a todas as demais normas. Portanto, essa lei possui o mesmo *status* que as outras normas primárias, como as leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias e demais legislações subordinadas diretamente à Constituição.

11 PIOVESAN. “A Constituição Brasileira de 1988...”. pp. 87-104.

12 BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

Não obstante, novas indagações foram levantadas: qual o *status* dos tratados, como os de direitos humanos, já ratificados? E daqueles aprovados com quórum diferenciado? Esta questão só foi definida pelo STF com o julgamento do Recurso Especial 466.343 de 2008.

1.1.2 Status constitucional e supralegalidade: RE 466.343/2008

Em 2008, através do Recurso Extraordinário 466.343, que *a priori* tratava de Depositário Infiel, o STF reconheceu caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com quórum de emenda constitucional, ou ratificados antes da referida EC 45/04. Doravante, houve críticas a este recurso, pois apesar da evolução, o STF teria perdido a oportunidade de conceder valor constitucional a todos os tratados de direitos humanos assinados pelo país.

O próprio Ministro Celso de Mello, em seu voto, sugeriu que “nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos”¹³. De qualquer maneira, notoriamente, o RE 466.343/2008 cessou as indagações sobre tratados anteriormente ratificados ou sua posição legal, priorizando a unidade e compatibilidade jurídica do Brasil com o Direito Internacional. Os tratados internacionais comuns, porém, ainda têm caráter ordinário.

Vale citar as palavras do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, expondo o efeito “paralisante” que um tratado

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Extraordinário: RE 466343 SP”. Relator: Min. Cesar Peluso. DJ: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

supralegal tem sobre uma legislação infraconstitucional em incompatibilidade de matéria¹⁴:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) **não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. [...] (g.n., STF, Recurso Extraordinário, nº. 466.343, rel. Min. Cesar Peluso, ainda pendente de julgamento).

1.2 Controle de convencionalidade e efeito *erga omnes*

Desde 2006, a partir do julgamento do “Caso Almonacid Vs. Chile”¹⁵, todos os Estados sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade entre o ordenamento jurídico interno, aplicável ao caso, e as jurisprudências daquela. A jurisprudência, então, ganhou este caráter vinculante a todos seus signatários, sendo assim, as decisões da Corte Interamericana têm efeito

14 BRASIL. “Supremo Tribunal...”

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile: Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

erga omnes, mesmo em casos onde o Estado-signatário não fora parte. Ou seja, não é mera faculdade da autoridade interna respeitá-las¹⁶.

No Brasil, mesmo com a obrigação expressa, há pouquíssima utilização jurisprudencial, sem ressonâncias nas decisões internas, quando, na verdade, até o próprio STF deveria cuidar do cumprimento desta normatividade internacional. Na União Europeia, por exemplo, é justamente esta compatibilização entre ordenamentos jurídicos internos e internacionais, que propicia integração, evolução e colaboração na solução de litígios, principalmente no que concerne aos direitos humanos.

Apesar de pouco tratado no Brasil, devido às – ainda persistentes – incongruências do exercício do Poder Judiciário com o exercício de cumprimento político de um tratado firmado pelo Poder Executivo, o controle de convencionalidade deveria ser melhor aplicado para, além de demonstrar consolidado o compromisso com ilicitudes desta espécie, efetivar integralmente tratados em que o país se comprometeu a estritamente respeitar.

2. Comentários sobre as sete condenações do Brasil

No Brasil, até hoje, foram sete condenações desfavoráveis. Ainda há alguns outros casos em fase de investigação pela Comissão Interamericana ou julgamento pela Corte Interamericana. Veremos a seguir quais foram as condenações e suas respectivas repercussões.

16 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 46 n. 181 jan./mar, p. 129. Brasília: 2009.

2.1 Caso Damião Ximenes Lopes¹⁷

Em 1999, morreu Damião Ximenes Lopes, que tinha doença mental, na instituição psiquiátrica Casa de Repouso Guararapes em Sobral-CE. Em 2006, após todos devidos processos legais estabelecidos pela CADH, a Corte Interamericana sentenciou o Brasil a: reconhecer sua responsabilidade e inércia, dar publicidade à sentença no país, indenizar a família, responsabilizar-se por melhores cuidados com deficientes em geral e investigar devidamente e sancionar os responsáveis pela morte de Damião.

Por causa da sentença, a Lei de Saúde Pública Mental (Lei nº 10.216/2001), que estava doze anos em trâmite, fora aprovada rapidamente; o Brasil realizou o pagamento indenizatório aos familiares; em 2009, o juízo da comarca de Sobral condenou quatro funcionários da casa de repouso; o Brasil realizou a capacitação de diversos profissionais da área da saúde mental, com a criação de vários programas sobre o cuidado com estes deficientes; e ainda, constatou-se um aumento exponencial na pesquisa acadêmica sobre esta área¹⁸.

Na opinião dos que vos fala, este foi nitidamente um dos casos, se não o mais expressivo, em que teve a sentença mais propriamente cumprida pelo Brasil, com todas as medidas cabíveis respaldadas pelo Estado brasileiro, mesmo com alegações do suposto não cumprimento integral da sentença.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Ximenes Lopes versus Brasil: Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

18 LIMA, Aluísio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. “O Caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, v.7, n.16, pp.01-13, 2015.

2.2 Caso Arley José Escher e outros¹⁹

Em 1999, na cidade de Querência do Norte, no Paraná, um Major, oficial da Polícia Militar do Paraná, a pedido do Subcomandante, Coronel e do Secretário de Segurança Pública, solicitou a uma juíza, da comarca de Loanda, autorização para grampear linhas telefônicas de 34 trabalhadores ligados ao MST. A juíza autorizou a escuta e não notificou o Ministério Público – só a Polícia Civil, Polícia Federal e o MP poderiam solicitar a quebra de sigilo – e ainda, um ano depois, o caso ainda seria arquivado, pela própria juíza que violou os direitos dos integrantes, pela alegação de falta de provas. Ademais, as gravações foram divulgadas em uma coletiva de imprensa por ordem do Secretário.

Em 2009, a Corte Interamericana considerou que houve violação aos direitos à privacidade e honra, garantias judiciais, liberdade de associação e difamação (criminalizando o movimento), tutelados pela Convenção Interamericana, condenando o Brasil a indenizar os integrantes do MST, dar publicidade à sentença no país e retomar as investigações dos fatos que geraram as violações, apurando propriamente o caso e tomando as medidas para inibir a ação de grupos armados.

Em 2010, o Brasil pagou a indenização de US\$ 22 mil dólares a Arley Escher e outros quatro integrantes, todavia, não investigou o caso novamente, alegando que transcorreria o prazo prescricional da investigação, tampouco responsabilizou quaisquer dos envolvidos no litígio, apesar de causar uma reafirmação da importância do sigilo das comunicações

19 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Escher e outros Vs. Brasil: Sentença de 6 de julho de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

telefônicas²⁰. Ou seja, teve mais impactos jurisprudenciais, na proteção sobre abusos na vida privada pelo Estado, do que na prática do caso.

2.3 Caso Sétimo Garibaldi²¹

Em 1998, houve o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi por tiro de um fazendeiro durante uma operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no Paraná. A Corte IDH responsabilizou o Estado brasileiro pelas falhas e omissões apontadas que demonstraram que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência, pela indenização da família da vítima e a dar ampla publicidade à decisão.

A condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana, em 2009, além da indenização paga à família, impulsionou lentamente o trâmite do inquérito policial nº 178/98 e, em 30 de junho de 2011, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o fazendeiro Morival Favoreto, suposto autor do homicídio. Outrossim, o inquérito fora mal feito e autoridades policiais e até o promotor de MP foram relapsos na prestação de seus serviços. Entretanto, Morival Favoreto impetrou *Habeas Corpus* junto ao

20 MASI, Carlo Velho. “O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3645, 24 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24469>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Garibaldi Vs. Brasil: Sentença de 23 de setembro de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.doc>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

Tribunal de Justiça do Paraná, o qual foi concedido em 2011, arquivando a ação penal em 2012²².

2.4 Caso da “Guerrilha do Araguaia” (Caso Julia Gomes Lund e outros)²³

Por volta de 1966, setenta militantes do Partido Comunista do Brasil, se dirigiram para a região do Rio Araguaia. Todos os integrantes da chamada “Guerrilha do Araguaia”, que sequer fora posta em prática, entre 1972 e 1975, foram mortos e torturados pelos órgãos de repressão do governo militar do Brasil à época, por ordem do então Presidente da República para que “ninguém saísse vivo de lá”.

A Corte Interamericana fixou a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado e pela violação de vários direitos relacionados, além da violação do direito à proteção judicial, pela carência de investigação, julgamento e punição dos culpados. Em 2010, condenou, assim, o Brasil a não aplicar a Lei da Anistia e condenar os responsáveis, permitir a identificação das vítimas pelas famílias, publicar a sentença e instalar uma Comissão da Verdade.

Esta Comissão foi criada – e a Lei de Acesso a Informação – mas com poucos respaldos, sem indenização aos familiares

22 CEIA, Eleonora Mesquista. “A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil”. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, pp. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil: Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

das vítimas, ainda mais pela não tipificação do delito de desaparecimento forçado, o que foi exigido pela Corte Interamericana. Contrariamente, não houve, por casa da Lei da Anistia, responsabilização alguma por este e nenhum outro ato desta espécie dos culpados.

2.4.1 Caso Vladimir Herzog²⁴

Em 1975, o jornalista Vladimir Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura de São Paulo à época, foi encontrado morto, alegadamente enforcado, nas dependências do 2^a Exército em São Paulo. No dia seguinte à morte, o comando do Departamento de Operações de Informações e Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), órgão de repressão do exército brasileiro, divulgou nota oficial informando que Herzog havia cometido suicídio na cela em que estava preso.

Em 1978, o processo movido pela família do jornalista revelou os verdadeiros fatos e a União foi responsabilizada pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista. Por causa da Lei da Anistia, aprovada em 1979, nenhum responsável fora indiciado.

Em 2015, a Comissão Interamericana publicou seu Relatório de Mérito nº 71/2015 responsabilizando o Brasil pelas violações aos direitos de Herzog, recomendando que seja investigada a morte e identificados os responsáveis. O Brasil não cumpriu nenhuma destas recomendações e o caso se encontra em fase de julgamento pela Corte Interamericana até o presente momento. Além da resolução do mérito, o caso tem sua importância

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Relatório nº 71/15, Caso 12.879, Relatório de Mérito: Vladimir Herzog e outros Vs. Brasil”. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

jurisprudencial e política, pois ajuda a rever a política brasileira de segurança nacional ou até mesmo o zelo pela “paz pública”, potenciais justificativas de abusos de poder por policiais e militares.

2.5 Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde²⁵

Apesar de notícias evidenciando violações de direitos na fazenda desde os anos 1980, foi a partir de 1988 que uma série de denúncias foram apresentadas relatando a prática de: trabalho forçado, servidão por dívidas, cárcere, tráfico de pessoas e trabalho infantil na Fazenda Brasil Verde, no Pará, sem condições de moradia, alimentação e saúde.

Para agravar, o Estado teve conhecimento da existência destas práticas em inspeções e realizou nenhuma medida de prevenção e inibição, tampouco apurou as vítimas ao não fornecer meios judiciais para proteger seus direitos. E ainda, em 2008, a ação penal fora extinta pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na sentença da Corte Interamericana, de 2016, citou-se 128 vítimas de trabalho escravo na fazenda, sendo 43 constatadas na fiscalização em 1997 e outras 85 na inspeção de 2000, condenando o Brasil a publicar a sentença, indenizar as vítimas ou familiares por cerca de US\$ 4,7 milhões de dólares, reiniciar as investigações e/ou processos penais sobre os fatos para identificar e processar os responsáveis e adotar medidas necessárias para que a prescrição não seja aplicada já que a Corte Interamericana

25 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil: Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

reconhece imprescritibilidade da escravidão contemporânea. Ainda não há respostas práticas do Brasil sobre a sentença.

2.6 Caso “Favela Nova Brasília” (Caso Cosme Rosa Genoveva e outros)²⁶

Em 1994 e 1995, na Favela Nova Brasília, no Complexo do Alemão, durante operações policiais no Rio de Janeiro, ocorreram duas chacinas com treze mortos em cada, além de denúncias de tortura e de três estupros. Em 2017, ocorreu a sentença da Corte Interamericana em que o Brasil foi condenado por violência policial.

O Estado brasileiro está tendo o prazo de um ano, até o dia onze de maio de 2018, para reabrir as investigações (as quais foram consideradas imparciais à época, por omissão do Estado) e pagar indenização de aproximadamente US\$ 2,5 milhões de dólares a cerca de 80 pessoas. Condenou também o Estado brasileiro a garantir que todos os entes envolvidos, como a família das vítimas, tenham segurança durante o devido processo legal, além de garantir a eficiência e responsabilização de agentes do Estado que, em geral, violem direitos humanos por abuso de poder, estabelecendo metas e políticas de redução de violência policial.

O Brasil deveria ter realizado mudanças legislativas e administrativas, além da realização de cursos de capacitação, mas com atitudes como a intervenção militar no Rio de Janeiro, transparece a intenção do não cumprimento das recomendações.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil: Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

2.7 Caso Povoado Indígena Xucuru e seus membros²⁷

Entre 1989 e 2005, houve violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, por omissão estatal, pela demora de mais de dezesseis anos no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais e pela demora de 21 anos na desintrusão total dessas terras e territórios. Ponderou-se que o Brasil violou o direito à propriedade, à integridade pessoal, às garantias e à proteção judiciais.

Em 2018, o Brasil fora sentenciado, apesar da declaração da procedência da incompetência *ratione temporis* a fatos anteriores à data do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, a garantir o direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru sobre seu território para que não recebam nenhuma interferência de terceiros, garantindo o processo de desintrusão; publicar a sentença; e indenizar por dano imaterial o povoado. Nisto, estabeleceu-se um importante direito: a priorização dos direitos dos povos indígenas, sobre terceiros, a respeito de suas terras.

3. Evolução histórica das jurisprudências do STF

Nesse tópico, abordar-se-á a repercussão do Pacto frente ao ordenamento jurídico interno a partir da evolução jurisprudencial do STF, verificando os casos concretos considerados mais relevantes em que o STF aplicou ou deixou de aplicar a CADH.

27 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil: Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

3.1 Depositário infiel

Este caso está intimamente ligado à discussão realizada acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos supramencionado. Para melhor compreender o contexto de tal alteração, é de mister importância retomar o texto do Pacto, em que seu artigo sétimo, parágrafo sete, determina que a única forma admitida de prisão civil é por inadimplemento de obrigação alimentar²⁸.

Esse dispositivo entraria, em tese, em conflito com o que consta no artigo quinto, inciso LXVII, da CF/88 na parte que trata do depositário infiel: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”²⁹.

Acerca do tema, o primeiro pronunciamento realizado pelo STF foi em sede de *Habeas Corpus* (HC 72.131/ RJ de 1995), o qual analisou a impossibilidade de prisão civil do devedor como depositário infiel em um caso de alienação fiduciária em garantia, com fundamento da CADH.³⁰ Esse recurso foi indeferido, pois, em contexto prévio à EC 45/04, a maioria dos ministros defendia o *status* de Lei Ordinária do Pacto, não se sobrepondo ao disposto no artigo quinto, inciso LXVII da CF/88.

Entretanto, tal entendimento foi alterado por influência da EC 45/04³¹. Até que, no RE 466.343 de 2008, como já visto, o STF determinou que os tratados e convenções internacionais sobre

28 AMERICANOS, Organização dos Estados. “Pacto de San José da Costa Rica...”

29 BRASIL, Constituição (1988). “Constituição da República Federativa do Brasil”.

30 CAPEZ. “A prisão civil do depositário infiel...”

31 EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. “A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, pp. 01-34, 2011.

direitos humanos não incorporados na forma determinada pelo artigo quinto, parágrafo terceiro, entrariam no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de supralegalidade³².

Em consequência, apesar de não ter havido revogação expressa do artigo quinto, LXVII, na parte que trata do depositário infiel, toda norma infraconstitucional que tratasse da matéria sofreu efeito paralisante. Tanto que, em 2008, o STF concedeu vinte e sete HC por inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, aplicando o Pacto San José.

Para rematar, em 2009, fora editada a Súmula Vinculante nº 25 – cancelando a Súmula 619 do STF – que determina ser “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

3.2 Escuta telefônica indevida

Outra importante aplicação da CADH no STF fora quando os ministros da Segunda Turma concederam *Habeas Corpus* (HC 83.096 de 2003) em favor de acusado que não queria ser submetido a teste de perícia de voz. Ele havia sido denunciado pela prática de associação para o tráfico de entorpecentes, após escuta telefônica efetuada pela Polícia Federal³³. Durante os trâmites legais, a acusação requereu a perícia de voz do acusado, que foi deferida pelo magistrado. Para agravar, antes da perícia ser realizada, a gravação foi exibida em um programa de televisão, em que se afirmava veemente ser do acusado aquela VOZ.

32 CAPEZ. “A prisão civil do depositário infiel...”.

33 STF Notícias. “STF decide processos com fundamento no Pacto de San José”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116382>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

Assim, a defesa interpôs o referido HC, arguindo a falta de segurança do acusado por tal exposição e alegando ofensa ao artigo oitavo, inciso segundo, “g”, do Pacto, segundo o qual ninguém será obrigado a depor, fazer prova contra si mesmo ou se autoincriminar, dispondo sobre o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”³⁴. No julgamento, a Turma acompanhou o voto da Ministra relatora Ellen Gracie, para assegurar ao paciente o exercício do direito ao silêncio, sustentando, ainda, que não cabe ao acusado fazer prova de sua inocência.

3.3 Prisão preventiva e direito de defesa

As questões que serão tratadas nesse tópico os são conjuntamente por serem casos em que a parte pautou seus argumentos nos direitos previstos na CADH, que, no entanto, não foram reconhecidos pelo STF. Primeiramente, acerca da prisão preventiva, o Supremo, entendendo inconstitucionalidade na prisão do depositário infiel, passou a receber inúmeros pedidos de revogação dessa modalidade de prisão em casos que diferem do depositário infiel.

Um exemplo foi o pedido de *Habeas Corpus* (HC 91.389) de um indivíduo preso em flagrante por tráfico ilícito de drogas e de armas³⁵. Nesse pedido, fica evidente que nem sempre a alusão à CADH é eficaz. Em seu voto como relator, o Ministro Celso de Mello inferiu que nem mesmo o Pacto de San José “assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de sempre responder em liberdade”. No caso em tela, o pedido de liminar foi indeferido.

34 HUMANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS. “Pacto de San José da Costa Rica”.

35 STF Notícias. “STF decide processos...”.

Além disso, em 2015, a decisão do STF no RE 603.616 discutiu se e quando policiais podem adentrar domicílios sem mandado judicial com o fito de buscar e apreender droga, de mérito complementar ao caso anterior. Em síntese, o STF definiu que o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial apenas se revela legítimo quando tiver suporte em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias que indiquem que no interior da residência esteja a ocorrer situação de flagrante delito ao configurar crime permanente.

No que tange à questão do direito de defesa, o STF julgou Recurso em *Habeas Corpus* (RHC 79.785 de 2003), em que a acusada havia sido condenada por fraude contra a Previdência Social. Ela ficou foragida da Justiça brasileira na Costa Rica, até que foi extraditada para o Brasil. Após condenação, a defesa recorreu ao STJ, que denegou em razão da interposição de um “recurso inominado”, instrumento de defesa não prevista na legislação brasileira³⁶. Nesse caso, a defesa, com fundamento no artigo oitavo, parágrafo segundo, “h” da CADH, requereu a aplicação do Pacto e o reexame da decisão que a condenou, alegando ofensa ao “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”³⁷. Todavia, no julgamento, o STF julgou pela falta de violação do direito da acusada de recorrer da decisão judicial, garantido o duplo grau de jurisdição.

36 STF Notícias. “STF decide processos...”.

37 HUMANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS. “Pacto de San José da Costa Rica”.

3.4 Crime de desacato

Atualmente, está em andamento no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496³⁸, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e que possui como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Esse remédio constitucional questiona o crime de desacato a funcionário público no exercício da função, tipificado no art. 331 do Código Penal³⁹.

A OAB defende que o dispositivo legal em tela traz definição imprecisa acerca da conduta de desacatar, violando a liberdade de expressão dos cidadãos, que se veem intimidados diante de atos realizados por agentes públicos, por receio de incorrer no tipo penal. Na fundamentação, cita-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos defende que a tipificação do crime de desacato é incompatível com o artigo treze da CADH, que tutela a liberdade de expressão e viola, ainda, outros preceitos fundamentais. No mérito, requer-se a não recepção do dispositivo pela ordem constitucional vigente⁴⁰.

A ADPF ainda não possui decisão de mérito até a submissão do presente artigo, no ano de 2018. Não obstante, em outros casos em que o próprio STF realizou controle difuso de constitucionalidade⁴¹, observa-se homogeneidade de

38 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-496-oab-desacato.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

39 Decreto-Lei 2.848/1940

40 STF Notícias. “OAB questiona dispositivo do Código Penal que tipifica delito de desacato a agente público”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360890>>. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

41 Como, por exemplo: ARE 1.060.817/ MG, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 1.015.214/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1.002.697/GO, Rel. Min. Rosa Weber; RE

entendimento sobre a não descriminalização do desacato, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

3.5 Lei da Anistia

É fato que a obrigatoriedade das sentenças oriundas da Corte Interamericana encontra resistência por agentes públicos brasileiros, e ainda mais, sobre a investigação de violações de direitos humanos na Ditadura Militar. O objetivo dessa subseção é analisar tal problemática de forma mais detalhada, e posteriormente, observar a dificuldade de implementação da sentença no Caso Gomes Lund.

Em outubro de 2008, a OAB interpôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio da qual requereu ao STF que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de declarar que a anistia concedida por essa Lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns cometidos pelos agentes de repressão contra opositores políticos. O STF declarou a improcedência da ação em que, segundo o voto do Relator do processo Ministro Eros Grau, a Lei de Anistia deve ser interpretada em conformidade com o momento histórico em que ela foi editada.

Ademais, em oito de novembro de 2011, o Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia, encaminhou parecer afirmando que os tratados de direitos humanos têm hierarquia infraconstitucional e, por conseguinte, ao STF é vedado o exercício do controle de convencionalidade. Quando, em verdade, tal controle é dever dos tribunais brasileiros em decorrência

da vontade soberana do Poder Executivo que decidiu integrar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Os embargos não foram julgados, ou seja, o STF ainda não se manifestou, após a sentença da Corte Interamericana no Caso Gomes Lund, acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia para crimes de caráter permanente, como o desaparecimento forçado e o sequestro. Todas essas manifestações dos principais órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da ADPF 153, são em sentido contrário às diretrizes da Corte Interamericana, como na sentença do Caso Gomes Lund, assim como contrárias às obrigações internacionais do Estado brasileiro perante a CADH.

Tal postura reflete o desconhecimento, do STF e demais agentes públicos, da obrigatoriedade da jurisprudência da Corte Interamericana. A Advocacia Geral da União (AGU) simplesmente ignora a jurisprudência dessa, inclusive no Caso Gomes Lund, ao afirmar que o Brasil não estaria vinculado, nesse caso, à CADH, pois veio a ratificá-la depois à Lei de Anistia. Contudo, consoante à Corte Interamericana, tal princípio não impede a responsabilização de determinados crimes cometidos durante o regime militar, normas de *ius cogens*, como é o caso do delito de desaparecimento forçado. Além disso, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, fato reconhecido pelo Brasil pelo Estatuto de Roma. Com isso, os não se poderia alegar a imprescritibilidade somente dos crimes contra a humanidade cometidos a partir da jurisdição da Corte Interamericana sobre o país.

O próprio STF, no julgamento da ADPF 153, desconsidera jurisprudência consolidada da Corte Interamericana que estabelece que disposições de anistia são incompatíveis com a CADH, por impedirem a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos. Assim, o Supremo não interpretou a Lei de Anistia brasileira à luz dos parâmetros

protetivos internacionais. Com tal interpretação, o STF se contrapõe aos avanços de diversas cortes superiores nacionais da região, tais como da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Colômbia. A postura dos agentes políticos e judiciários brasileiros necessita de revisão, de forma a se adequar à regulamentação atual dos direitos humanos, que busca não mais seu fundamento na soberania dos Estados, mas no indivíduo enquanto titular de direitos essenciais irrevogáveis em nível internacional⁴².

3.6 Outros casos de impacto da Corte e da Comissão Interamericana no STF

Como vimos, existem casos em que o Brasil escolhe não adotar as diretrizes da CADH, desrespeitando o Pacto, como por exemplo, na incompetência da justiça militar sobre civis, com base na sentença da Corte Interamericana nos Casos “Palamara Iribarne Vs. Chile” ou “Cruz Sánchez e outros Vs. Peru”. Bem verdade que o STF vinha liberando pacientes de *Habeas Corpus*, os quais estavam indevidamente sob jurisdição da Justiça Militar da União. Através da Lei 13.491/2017, que regula as competências da Justiça Militar, são também crimes militares os crimes praticados por militar da reserva ou reformado **ou por civil**, contra as instituições militares, havendo ainda mais situações em que civis serão submetidos a julgamento pela Justiça Militar, desrespeitando a Corte Interamericana, especialmente o artigo oitavo, inciso primeiro, do Pacto.

Outro caso de desentendimento do STF com diretrizes e jurisprudência da Corte Interamericana, fora ao negar, em 2016, a Extradicação n. 1362 de Salvador Siciliano condenado

42 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Os Tribunais Internacionais Contemporâneos”. Brasília: FUNAG, 2013. p. 27.

na Argentina por sequestros com violência e cárcere privado, ameaças, associação criminosa armada e homicídios, e que está foragido no Brasil. Mesmo com a imprescritibilidade de crimes lesa-humanidade, o STF, por concordância de seis dos onze ministros, argumentou que houve prescrição, e segundo a lei brasileira, não configura dupla punibilidade, impossibilitando a extradição. Ou seja, qualquer violador de direitos humanos em outro país, de crimes avaliados prescritos na legislação interna, poderia supostamente refugiar-se no Brasil sem previsão de extradição.

Noutro ponto, destaca-se a importância do RE 511.961 de 2009, referente ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com base no direito à informação e na liberdade de expressão à luz do Parecer Consultivo da Corte nº 5 de 1985.

Também houve respaldo positivo o Pacto no processo de extradição nº 954, julgado em 2006, relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com fundamento no Parecer Consultivo da Corte nº 16 de 1999. Estas foram os únicos Pareceres Consultivos solicitados pelo Brasil.

Vale destacar o Caso Maria da Penha, o principal pretexto da ratificação da Lei Maria da Penha. Como supramencionado, o caso teve a recomendação da Comissão Interamericana satisfatoriamente cumprido. E, ainda, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 de 2012, a ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher se tornou pública incondicionada, com grandes fundamentos no Pacto e nos progressos da Lei Maria da Penha.

Outra questão é a atual avaliação do STF sobre candidaturas independentes ou avulsas. Na discussão acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, fora

invocado o Pacto de San José da Costa Rica, defendendo o padrão democrático predominante no mundo, que não prevê a filiação partidária como requisito para ser votado. Com repercussão geral reconhecida, os ministros solicitaram tempo para estudar o caso.

Os preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos também foram importantes para outros casos: pela proteção de direitos de detentos, auxiliou na responsabilização do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, como no Recurso Extraordinário 580.252; pela proteção da liberdade, fundamentou o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva; pela proteção do devido processo legal, contribuiu na observação da obrigação de audiência de apresentação, da realização, em até 90 dias, de audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contadas do momento da prisão e, ainda, da desconsideração de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Ainda pelo respeito ao devido processo legal, o Pacto apoiou a construção – através do artigo oitavo, parágrafo segundo, “h” da Convenção, já mencionado – do conceito e aplicação do duplo grau de jurisdição e, também, na defesa do desmembramento como regra, exceto casos de inviabilização da prisão. Também foi importante, pelo artigo sétimo, inciso quinto, na ocorrência de lesão evidente ao *status libertatis* dos pacientes em prisão cautelar de período muito longo, no caso em específico os pacientes estavam sete anos em cárcere preventivo. Por fim, vale citar sua colaboração na constatação de constitucionalidade da reserva de vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para negros na ADC 41 de 2017.

Conclusão

Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana em diversos casos, como exposto. Em alguns, a sentença limita-se ao pagamento de indenização, à investigação dos fatos, à punição dos responsáveis e à realização de políticas públicas. Noutros, como no Caso Gomes Lung, o sistema jurídico brasileiro é posto à prova, pois a sentença da Corte requereu a inaplicabilidade dessa Lei. Como previamente versado, as sentenças da Corte Interamericana são obrigatórias para o Brasil, não necessitando de homologação do Superior Tribunal de Justiça. Assim, caso a decisão internacional signifique uma afronta a uma norma integrante da legislação infraconstitucional ou julgamento interno, o STF deveria seguir no sentido de afastamento da legislação interna, em prestígio à sentença internacional. Deveria sê-lo assim, mas não o é.

Percebe-se que, na realidade, o Brasil não possui normas que prevejam expressa e especificamente os procedimentos e competências para o cumprimento de decisões ou recomendações advindas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, resultando no impedimento do alcance pleno das decisões e de seus efeitos. Todavia, existe um Projeto de Lei do Senado nº 220 de 2016, pelo Senador Randolfe Rodrigues, que trata justamente de medidas e soluções para o devido cumprimento destas sentenças, mas ainda está em tramitação.

Apesar da existência da medida *ultima ratio* de expulsão de um Estado violador do Sistema Interamericano ou não cumpridor de sentenças, percebe-se a ineficácia deste dispositivo – tanto que, nem na União Europeia, houve registro de aplicação do artigo oitavo do Estatuto do Conselho da Europa – principalmente pela falta de legítima coercibilidade de tratados internacionais. Não

houve registro de sanções econômicas dos Estados-partes aos países que violaram a Convenção desta forma.

Logo, as relações estabelecidas entre o CADH e o sistema jurídico brasileiro deveriam ser de interação, não de incompatibilidade e antinomia. Apesar de serem sistemas distintos e autônomos, imperioso é criar mecanismos que facilitem esse diálogo, para o real progresso na proteção dos direitos humanos.

Essa falta de compromisso pelo Estado perante o abordado tratado de direitos humanos, bem como a escassa aplicação da jurisprudência internacional, sejam elas decorrentes do desconhecimento deste ramo do Direito, sejam elas em razão de uma postura conservadora baseada na proteção à soberania nacional, dificultam o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, assim como aumenta a possibilidade de violações à CADH e aos direitos humanos no Brasil, em geral. Na experiência deste país, institutos e mecanismos normativos de tutela destes direitos, tão transgredidos, são indispensáveis e basilares na remediação e prevenção destas violações. Por fim, a conscientização da importância desta função de proteção dos direitos humanos é a melhor solução, a fim de consagrar os instrumentos internacionais.

Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad

*Pablo González Domínguez**

Introducción

Este artículo estudia la línea jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad (en adelante la doctrina o el control de convencionalidad) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte IDH) considerando sus precedentes, creación y desarrollo hasta 2018. También se reflexiona –en el marco del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH)– en torno a la necesidad de que la Corte Interamericana dé un mayor peso al principio de subsidiariedad en el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad; también que dé más peso a este principio cuando ordene a las autoridades nacionales realizar dicho control sobre determinadas leyes y actos del Estado como una garantía de no repetición.

La primera sección del presente texto explica que la sentencia de la Corte IDH en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, emitida en 1997, es el antecedente jurisprudencial más remoto

* Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame; abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; profesor en la Universidad Panamericana campus Ciudad de México.

de esta doctrina¹. En dicho caso –por vez primera y apartándose del criterio sostenido desde la Opinión Consultiva OC-14/94²– se evaluó en abstracto y en el ejercicio de su competencia contenciosa, la compatibilidad entre una ley nacional y la Convención Americana. Esta aproximación abrió la puerta para que en 2001, en el caso *Barrios Altos* contra Perú, declarara la nulidad *ab initio* de una ley de amnistía³ y para que comenzara la práctica de ordenar a los Estados la modificación o anulación de normas nacionales inconvenientes. La creación del control de convencionalidad siguió esta línea jurisprudencial, pues la Corte Interamericana propuso en 2006 esta doctrina –en el caso *Almonacid Arellano* y otros contra Chile– como una medida para que los jueces cumplieran con sus deberes establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

El caso *Almonacid Arellano* es el más relevante, el *leading case*, sobre control de convencionalidad. Por esta razón, la segunda sección de este artículo explora los hechos, los argumentos, las normas y los principios que estuvieron detrás del razonamiento de la Corte IDH en este caso. Se coloca especial atención en cómo el entendimiento de la alta fuerza prescriptiva de los artículos 1.1 y 2, la noción de que la Convención Americana obliga al Estado “como un todo” –es decir, que tiene efecto directo sobre sus autoridades– y el fenómeno de apertura del derecho constitucional latinoamericano al derecho

1 Cfr. Burgorgue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 243 a 269.

2 Cfr. Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 49.

3 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 44.

internacional, son tres factores que están en el corazón de la creación del control de convencionalidad.

La tercera sección analiza el desarrollo de esta doctrina con posterioridad a su creación, considerando todos los casos relevantes en la materia hasta la decisión en la Opinión Consultiva OC/24-17 de 2017. Se advierte que el análisis de esta sección solo se centra en aquellos casos que hicieron avanzar de manera relevante el contenido del control de convencionalidad, por lo que analiza los criterios de los casos *Trabajadores Cesados del Congreso* contra Perú, *Heliodoro Portugal* contra Panamá, *Boyce* y otros contra Barbados, *Radilla Pacheco* contra México, *Cabrera García* y *Montiel Flores* contra México, *Gelman* contra Uruguay, *Masacre de Santo Domingo* contra Colombia, *Andrade Salmón* contra Bolivia y de la Opinión Consultiva OC-21/16.

Es importante tener en cuenta que este artículo tiene una naturaleza fundamentalmente descriptiva. No pretende hacer un análisis sistemático o crítico sobre el tema, sino aportar claridad en el entendimiento de la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad desde sus antecedentes remotos hasta sus más recientes avances. También busca exponer algunas de las ideas que sustentaron la creación y evolución de esta doctrina, las que se encuentran tanto en las interpretaciones de la Corte Interamericana como en las opiniones de algunos de sus jueces más influyentes como Antonio Cançado Trindade, Sergio García Ramírez, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Finalmente, esta contribución busca abrir la puerta para reflexionar acerca del futuro que deberá tomar el desarrollo del control de convencionalidad tanto a nivel internacional como nacional, sobre todo en virtud del reciente énfasis que ha hecho la Corte IDH –desde el caso *Masacre de Santo Domingo*– en que el mismo está conectado con el principio de subsidiariedad o

complementariedad, el cual informa transversalmente al sistema interamericano de derechos humanos.

I. Antecedentes del control de convencionalidad. De Suárez Rosero contra Ecuador a Barrios Altos contra Perú

El estudio de los antecedentes jurisprudenciales del control de convencionalidad debe comenzar con una aclaración: no existe artículo alguno en la Convención Americana que establezca una obligación para todas las autoridades de sus Estados parte de interpretar las normas de derecho nacional de conformidad con los estándares de la misma CADH, de otros tratados en el sistema interamericano y de las interpretaciones que de estos haga la Corte Interamericana; tampoco para evitar la aplicación de dichas normas, en caso de no ser posible una interpretación conforme.

La creación de la doctrina del control de convencionalidad –por lo tanto, de cada uno de sus componentes conceptuales– es el resultado de una progresiva e innovadora interpretación realizada por la Corte IDH de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, así como de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena). La progresividad de estas interpretaciones, las cuales constituyen los precedentes jurisprudenciales de la doctrina del control de convencionalidad y que son el objeto de estudio de esta sección, comenzó antes de que el caso Almonacid Arellano fuera decidido.

Las sentencias que preceden la creación de esta doctrina desarrollaron el contenido de la obligación de respeto y garantía –artículo 1.1 de la CADH– y fortalecieron de manera gradual las implicaciones normativas del deber de los Estados de adoptar

las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención Americana tal como se plantea en su segundo artículo⁴. Estas sentencias modificaron el entendimiento de este último, de ser concebida como una norma con una naturaleza programática –como parece haber sido interpretada en la Opinión Consultiva OC-14/94⁵– a ser considerada como una con alta fuerza prescriptiva. Esta posición teórica abrió la puerta para que la Corte Interamericana adoptara la práctica de evaluar la convencionalidad de leyes en abstracto, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, y que ordenara a los Estados la modificación de leyes inconventionales y la adopción de medidas de otro carácter –como lo es el control de convencionalidad– para garantizar la efectividad de la Convención Americana y de sus interpretaciones⁶.

4 Cfr. Burgogue Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights...*, pp. 243 a 269.

5 Cfr. Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación...* En esta Opinión Consultiva, la Corte IDH estableció que no tiene competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la mera adopción de normas violatorias de la Convención Americana, pues su jurisdicción contenciosa se ejerce con la finalidad de resolver casos concretos de violaciones de derechos humanos. Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Universidad de Chile, 2003, pp. 17 y 18.

6 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (Fondo), sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 93; González Domínguez, Pablo, y González Chacón, Christian, “Dos visiones de la fuerza normativa del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 23, enero-julio, 2015.

1. La revisión de la convencionalidad de leyes *in abstracto* sobre la base del artículo 2: Suárez Rosero contra Ecuador

La primera vez que la Corte Interamericana evaluó la convencionalidad de una norma nacional, en abstracto y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, fue en el caso Suárez Rosero; lo hizo acerca de la compatibilidad entre el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano (en adelante el CPE) y la Convención Americana.⁷ Este artículo establecía condiciones de liberación para personas detenidas, siempre que ciertos requisitos se cumplieran. Sin embargo, estaban exceptuadas de este beneficio aquellas acusadas conforme a la Ley sobre Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas (en adelante la LSEP). La Corte IDH evaluó el caso a la luz del artículo 2 de la CADH, concluyendo que la distinción hecha por la LSEP entre aquellas personas acusadas conforme a su contenido y al del CPE era violatoria de la Convención Americana, pues “despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”⁸.

La relevancia de esta sentencia, para efectos de este análisis, viene del párrafo 98 de la misma pues la Corte Interamericana estableció que “esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”⁹. Además, implícitamente afirmó su competencia para pronunciarse sobre la inconvencionalidad de una norma nacional con independencia de que haya sido

7 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero...*, párr. 95.

8 *Ibid.*, párr. 98.

9 *Ibid.*

aplicada o no en un caso concreto. La Corte IDH no explicó las razones por las que su criterio cambió en el caso Suárez Rosero en relación con lo sostenido en la Opinión Consultiva OC-14/94, donde había determinado su falta de competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la mera adopción de normas violatorias de la Convención Americana; pero es en este periodo que asumió que su competencia contenciosa incluye la autoridad para evaluar la compatibilidad entre el derecho nacional y la CADH sobre la base de su artículo 2. La Corte Interamericana también parece haber afirmado su autoridad para ordenar a los Estados la adopción de medidas específicas a fin de adaptar su derecho interno y sus prácticas, de conformidad con sus obligaciones convencionales¹⁰.

El voto disidente de Cançado Trindade –quien era el presidente de la Corte IDH en 1997– en el caso *El Amparo contra Venezuela* da indicios sobre las razones que motivaron este cambio jurisprudencial. En este litigio la Corte Interamericana se “abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar” y, por lo tanto, concluye que “no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión”¹¹. El juez brasileño se opuso a esta posición de la mayoría, pues consideró que la Corte IDH tenía competencia para decidir sobre la convencionalidad de dicho cuerpo normativo ya que constituía una “amenaza real” a las personas que enfrentaban una situación creada por su existencia. Por lo tanto, “si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como [sic] sostener el deber de prevención”¹².

10 Cfr. Quinche Ramírez, Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 12, 2009, p. 165.

11 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela* (Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. 60.

12 *Ibid.* Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 3.

En opinión de Cançado Trindade, la Corte Interamericana tiene la obligación de prevenir futuras violaciones de derechos humanos, por lo que debe ordenarle a los Estados adoptar medidas específicas para contrarrestar cualquier amenaza real a los mismos en perjuicio de las personas sujetas a su jurisdicción¹³.

Dos años más tarde, en el caso Castillo Petruzzi contra Perú (1999), la Corte IDH determinó que el Estado peruano violó el artículo 2 de la Convención Americana al adoptar las leyes de emergencia N° 25.475 y 25.259, promulgadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo¹⁴. No es necesario entrar en los detalles del caso. Lo que es relevante es que varias disposiciones de estas leyes permitían que las personas acusadas de terrorismo fueran sentenciadas a cadena perpetua por un tribunal sin rostro, lo cual constituye una violación a varios artículos de la CADH.¹⁵ La Corte Interamericana determinó la invalidez de los procedimientos conducidos en contra de las víctimas y ordenó al Estado la modificación de las normas N° 25.475 y N° 25.259, las cuales fueron encontradas inconvencionales¹⁶. En este caso continuó fortaleciendo el entendimiento de la obligatoriedad y especificidad del artículo 2 de la CADH, al reiterar que el deber general contemplado por este implica “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”; también la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁷.

13 Cfr. *Ibid.*, párr. 6.

14 Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 207.

15 Cfr. *Ibid.*, párrafos operativos del 2 al 11.

16 Cfr. *Ibid.*, párr. 207.

17 *Ibid.*

Esta aproximación continuó en casos posteriores¹⁸, siendo “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) contra Chile el caso emblemático en este sentido. Éste se relaciona con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, que derivó de la censura a la exhibición de la película así titulada. Para ello, el Gobierno chileno se basó en la aplicación del artículo 19, número 12, de la Constitución de dicho país y del Decreto Ley 679, que autorizaban la censura previa en la producción cinematográfica¹⁹.

La Corte IDH determinó que “al mantener la censura cinematográfica previa en el ordenamiento jurídico chileno el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 1.1 y 2 de la Convención”²⁰. De esta forma, no solo estableció la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, sino que también ordenó al Estado la modificación de su derecho interno –que implicaba la modificación de una norma constitucional– para así eliminar la censura previa en su ordenamiento jurídico²¹.

18 Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 113; Cfr. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 206; Cfr. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. (Perú)*. Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C N° 119, párr. 219; Cfr. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C N° 123, párr. 91.

19 Cfr. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 72.

20 *Ibid.*, párr. 88.

21 *Ibid.*, párr. 4.

2. La nulidad *ab initio* de normas manifiestamente violatorias de la Convención Americana: Barrios Altos contra Perú

El caso “La última tentación de Cristo” muestra qué tan lejos llegó la Corte Interamericana en su entendimiento de la obligatoriedad del artículo 2 de la CADH, autorizándola incluso a ordenar a un Estado la modificación de una norma de rango constitucional. Sin embargo, el punto más elevado en esta línea jurisprudencial llegó en el contexto de casos de justicia transicional. En el de Barrios Altos contra Perú estableció que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 –adoptadas durante el gobierno de Alberto Fujimori– eran incompatibles con la Convención Americana. Estas leyes tenían el efecto práctico de exonerar de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que cometieron violaciones de derechos humanos de 1980 a 1995, incluidos los responsables de la matanza de quince personas en el distrito de Lima llamado “Barrios Altos”²². La existencia y aplicación de estas leyes produjo violaciones de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, que fueron calificados como inderogables²³. La Corte Interamericana calificó los resultados de la expedición de las leyes de amnistía concluyendo lo siguiente:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú²⁴.

22 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos...*, párr. 2.i.

23 Cfr. *Ibid.*, párr. 41.

24 *Ibid.*, párr. 44.

Esta fue la primera ocasión en la que actuó como una especie de tribunal constitucional. No solo determinó la incompatibilidad entre una norma nacional y la Convención Americana –como lo hizo en los casos Suárez Rosero y Castillo Petruzzi– o declaró la responsabilidad internacional por la existencia de una norma inconvencional ordenando al Estado su modificación –como lo hizo en “La última tentación de Cristo”– sino que además declaró la nulidad *ab initio* sobre las bases del derecho internacional y en ejercicio de su jurisdicción contenciosa²⁵. La lectura más razonable de esta decisión es que la naturaleza de los derechos que fueron afectados –calificados como no derogables– y la gravedad de las violaciones cometidas por el Estado como lo fue una masacre perpetrada por agentes estatales, así como las condiciones políticas de Perú después de la caída de Fujimori, fueron elementos relevantes para la adopción de una posición tan estricta sobre los efectos del artículo 2 de la CADH. En este sentido, Cançado Trindade sugirió que la nulidad de las leyes de amnistía era resultado no solo de su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, sino también porque su vigencia producía violaciones de derechos inderogables pertenecientes al dominio del *jus cogens*²⁶.

La aproximación adoptada en el caso Barrios Altos parece estar basada en la lógica de que (i) las consecuencias de la adopción o aplicación de una norma nacional inconvencional son responsabilidad internacional del Estado, (ii) que las consecuencias jurídicas de esa inconvencionalidad siguen a la gravedad de los derechos violentados por su existencia o aplicación y (iii) que la Corte IDH está facultada para determinar libremente las consecuencias jurídicas de la existencia o

25 Cfr. Binder, Cristina., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, N° 12, 2011, p. 1,212.

26 Cfr. *Caso Barrios Altos...*, voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 11.

aplicación de dichas normas –por ejemplo, declarar su nulidad *ab initio*– y para especificar las medidas de reparación que el Estado debe adoptar a fin de evitar futuras violaciones de derechos humanos. Los puntos (ii) y (iii) están alejados de la posición de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-14/94 y en el caso El Amparo, donde expresamente decidió no pronunciarse sobre la incompatibilidad entre una norma nacional y el derecho internacional; mucho menos establecer consecuencias jurídicas de dicha incompatibilidad.

El razonamiento del caso Suárez Rosero, el cual alcanzó su punto más elevado en el de Barrios Altos, prevaleció en este periodo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de leyes de amnistía. En los casos Almonacid Arellano contra Chile y La Cantuta contra Perú, reafirmó su criterio sobre la nulidad de las leyes de amnistía cuando estas negaban los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y a sus familiares²⁷. Sin embargo, en el caso Almonacid Arellano dio un paso más allá en las implicaciones de los artículos 1.1 y 2, al establecer que los jueces están obligados a “velar porque la aplicación no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”²⁸. En otras palabras, la Corte IDH no solo determinó las consecuencias jurídicas de la incompatibilidad entre una ley de amnistía y la Convención Americana, sino que además estableció que el Poder Judicial estaba obligado a realizar

27 Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 112; y Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 167.

28 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros...*, párr. 124.

un control de convencionalidad para evitar la aplicación de dicha normativa en la solución de casos concretos²⁹.

II. La creación del control de convencionalidad. Almonacid Arellano y otros contra Chile

En 2006, esta doctrina fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano³⁰ que trata sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos del 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978.

La aplicación de este Decreto Ley por parte del Poder Judicial tuvo –como efecto inmediato– el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado agentes policiales en el contexto de las graves violaciones de derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, el cual tuvo lugar el 11 de septiembre de 1973³¹. La Corte IDH calificó como un hecho probado que el Gobierno *de facto* impulsó una política estatal destinada a atacar, masiva y sistemáticamente, a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen; por ello, consideró la ejecución del señor Almonacid Arellano como un crimen de lesa humanidad al ser cometida dentro de un dicho patrón sistemático y generalizado de ataque contra la población civil³².

29 Cfr. *Ibid.*

30 Cfr. *Ibid.*

31 Cfr. *Ibid.*, párr., párrs. 82 a 133.

32 Cfr. *Ibid.*, párr. 104.

Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, iniciada en el caso Barrios Altos, declaró la nulidad *ab initio* del Decreto Ley 2.191 pues –básicamente– se trataba de una norma cuya *ratio legis* era “amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”³³. La Corte Interamericana encontró violaciones a los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH, pues la aplicación de la ley de amnistía tuvo como efecto –como ya se apuntó– el cese inmediato de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando impunes a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano e impidiendo a sus familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que reparara las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido, y que les permitiera conocer la verdad³⁴. La Corte IDH estableció que, cuando el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por esta³⁵. En consecuencia estableció que

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

33 *Ibid.*, párr. 120.

34 *Cfr. Ibid.*, párrs. 118 a 128.

35 *Cfr. Ibid.*, párrs. 123.

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 Americana³⁶.

Tal como lo explica Burgorgue-Larsen, esta decisión es “el punto máximo tomado por la Corte en el tema de leyes de amnistía. No sólo confirmó las decisiones previas en *Suárez Rosero y Barrios Altos* sino que además abrió nuevos caminos para que los jueces tengan un papel más preponderante”³⁷. El control de convencionalidad fue originalmente diseñado como una doctrina que permitía a los jueces nacionales garantizar el derecho a la justicia, la verdad y la reparación de los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En esencia, se trata de una manifestación de la obligación de garantizar los derechos –artículo 1.1 de la CADH– en la clave de lo decidido por la Corte Interamericana desde el emblemático caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, donde se estableció el criterio que sostiene “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³⁸.

36 *Cfr. Ibid.*, párr. 124. (El subrayado es del autor).

37 Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya.. *The Inter-American Court on Human Rights...*, p. 260.

38 *Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166.

El razonamiento de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* permite afirmar que el control de convencionalidad está sustentado en la idea de que la Convención Americana y las interpretaciones que de esta haga la Corte IDH, tienen una naturaleza autoejecutable; es decir, que tienen efecto directo sobre las autoridades nacionales. La génesis de esta concepción está reflejada en el voto concurrente de García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, en el cual señaló que “no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”³⁹. El Estado está obligado como una unidad, lo que implica que cada una de sus autoridades debe cumplir con los deberes generales del mismo –artículos 1.1 y 2; para ello, debe trasladar los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana a sus leyes, decisiones judiciales y a todas las acciones en materia de derechos humanos⁴⁰.

El entendimiento de la naturaleza autoejecutable de la CADH y de las interpretaciones de la Corte Interamericana –por lo tanto, de la creación misma del control de convencionalidad–

39 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, opinión concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 27; y *cfr.* García Ramírez, Sergio. *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*; en Ferrer MacGregor, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Cuarta Edición, Porrúa, México, 2003, pp. 1595 a 1598.

40 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 5 y 6.

también se fortaleció por los cambios en la postura constitucional de varios países de la región frente a la cuestión clásica de la implementación de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales⁴¹. Gracias a la existencia de mecanismos como el “bloque de constitucionalidad”, se había reconocido progresivamente el rango constitucional de algunas de estas normas y se había permitido su invocación directa en tribunales nacionales⁴². Este fenómeno de apertura constitucional en varios Estados de la región, estableció condiciones para que la Corte Interamericana creara la doctrina del control de convencionalidad “como una vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional”⁴³. En ese sentido, Ferrer Mac-Gregor explicó en su voto concurrente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México que* la creación del control de convencionalidad refleja una asimilación de los conceptos desarrollados en el derecho constitucional, una práctica que ha estado presente en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos desde sus orígenes⁴⁴.

41 *Cfr.* Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 270 a 273.

42 *Cfr.* Uprimny, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, en *Texas Law Review* (89), 2010-2011, p. 1,592; y *cfr.* García-Sayán, Diego. “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 326.

43 *Cfr.* García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año 5, N° 28, 2011, p. 127; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220, párr. 226.

44 *Cfr. Ibid.*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 21; y Glendon, Mary Ann. *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001, p. 56.

III. Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad. De Trabajadores cesados del Congreso (Aguado-Alfaro y otros) contra Perú a la Opinión Consultiva OC-24/17

La doctrina examinada evolucionó en casos posteriores, por lo que su entendimiento no puede reducirse al párrafo 124 del caso Almonacid Arellano. El precedente creado en este, ha sido reiterado en al menos 25 sentencias de la Corte Interamericana y en cuatro opiniones consultivas; en algunas ocasiones, con ciertos matices que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales⁴⁵. En consecuencia, la correcta apreciación del control de convencionalidad requiere un análisis de toda la jurisprudencia en la materia, en especial de los siguientes casos: Trabajadores cesados del Congreso, Heliodoro Portugal, Radilla Pacheco, Cabrera García y Montiel Flores, Gelman, Masacre de Santo Domingo y Andrade Salmón (2016); también de la , la Opinión Consultiva OC-21/16. Esta última y los citados casos reflejan los más importantes desarrollos del control de convencionalidad y, por esa razón, se consideran en los siguientes apartados.

45 Entre algunos buenos resúmenes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, se incluyen los siguientes: Nash Rojas, Claudio. "Control de Convencionalidad", *Cuadernillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2015; Serrano Guzmán, Silvia. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013; e Ibarra, Juana María. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

1. El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio, en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes: *EL CASO* Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú

El primero de estos desarrollos ocurrió en dicho caso, el cual involucró el cese de 257 trabajadores del Congreso peruano como parte de un proceso de racionalización administrativa, autorizado mediante el Decreto Ley 25640 que además, prohibía la impugnación directa o indirecta por vía de amparo⁴⁶. La existencia de esta Ley y en general el ambiente político que limitaba la independencia del Poder Judicial, contribuyó para la declaración de inadmisibilidad de los recursos interpuestos por las víctimas a nivel interno; en algunos casos, incluso, para que no fueran presentados⁴⁷. Fue hasta años después que un juzgado civil declaró fundada una demanda de amparo, ordenando que se repusiera a los demandantes en los cargos que ocupaban al momento de la afectación del derecho⁴⁸. Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte Superior de Justicia de Lima pues la acción de amparo había caducado al momento de la presentación de la demanda⁴⁹. El Tribunal Constitucional del Perú confirmó dicha decisión⁵⁰.

La Corte IDH determinó que la prohibición de impugnar los efectos del Decreto Ley N° 25640 constituía una norma de aplicación inmediata en tanto sus destinatarios se veían

46 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párrs. 89.7 a 89.13.

47 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.15.

48 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.22.

49 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.25.

50 *Cfr. Ibid.*, párr. 89.28.

impedidos *ab initio* de impugnar cualquier efecto, lo cual era una limitación contraria a la Convención Americana en virtud de sus artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma⁵¹. También consideró que el contexto creado por la existencia de esta norma, contribuyó a propiciar un clima de desprotección e inseguridad jurídica que impidió que las personas afectadas pudieran con claridad acudir a la vía idónea para reclamar sus derechos⁵². Sin embargo, la Corte Interamericana observó que –conforme a la legislación peruana– era una facultad de la Corte Constitucional del Perú no aplicar la norma sobre la cual se rechazó el amparo y pudo haber entrado a evaluar el fondo del asunto.⁵³ En consecuencia, la Corte IDH estableció que el juzgador estuvo en condiciones de evitar la vulneración de la Convención Americana al no haber aplicado el artículo 9 del Decreto Ley antes mencionado. Por esta razón, siguiendo el precedente del caso Almonacid la Corte Interamericana señaló que

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos

51 *Cfr. Ibid.*, párr. 119.

52 *Cfr. Ibid.*, párr. 120.

53 *Cfr. Ibid.*, párr. 127.

de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁵⁴.

La Corte IDH mantuvo la misma estructura utilizada en el caso Almonacid Arellano para referirse a la doctrina del control de convencionalidad. Sin embargo, es posible observar cinco cambios importantes en relación con la sentencia en el mismo contra Chile: (i) la obligación de realizar un control de convencionalidad fue directamente ligada a la obligación de garantizar el efecto útil de la CADH; (ii) la Corte Interamericana estableció que el control de convencionalidad debía ser ejecutado de oficio, independientemente de que las partes lo solicitaran; (iii) asimismo, decidió que el control de convencionalidad debía ser llevado a cabo por los jueces de conformidad con las regulaciones procesales correspondientes, por supuesto con excepción de aquellos casos en donde dichas regulaciones violaran la Convención Americana; (iv) con este criterio, clarificó que la doctrina no confiere atribuciones a las autoridades estatales pues el control debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias, lo cual es determinado por la ley; y (v) eliminó el vínculo entre el deber de realizar control de convencionalidad y la nulidad *ab initio* de las leyes.

2. El control de convencionalidad se realiza sobre todas las normas del sistema jurídico nacional: el caso Boyce y otros contra Barbados

El caso Boyce y otros implicó la responsabilidad del Estado de Barbados por la violación del artículo 2 de la Convención

54 *Cfr. Ibid.*, párr. 128.

Americana en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25 de dicho instrumento, provocada por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta contra Lennox Ricardo Boyce y otras tres personas. Las cuatro fueron sentenciadas muerte de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas (en adelante LDGP), de 1868, el cual establece que “[c]ualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”⁵⁵. Por otro lado, el artículo 26 de la Constitución de Barbados establece una cláusula de exclusión la cual previene que se pueda declarar judicialmente la inconstitucionalidad de leyes existentes que hubieran sido promulgadas antes de entrar en vigor la Constitución; es decir, antes de 1966. En consecuencia, sobre estas bases, el máximo tribunal de apelaciones de Barbados –el Comité Judicial del Consejo Privado (en adelante el CJCP)– sostuvo que la constitucionalidad del artículo 2 de la LDGP no podía ser revisada a nivel interno.⁵⁶ Sin embargo, el CJCP afirmó en 2004 que si no fuera por dicha cláusula de exclusión, hubiese declarado que la pena de muerte obligatoria va en contra del derecho constitucional de toda persona a no ser sometida a una pena cruel, inhumana y degradante⁵⁷.

La Corte IDH concluyó, de conformidad con su jurisprudencia previa en materia de pena de muerte, que el artículo 2 de la LDGP es una norma que impide el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y –de este modo– es *per se* contrario a la Convención Americana, estando el Estado obligado a suprimirla o eliminarla de conformidad con el

55 Cfr. Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169, párr. 75.

56 Cfr. *Ibid.*

57 *Ibid.*, párr. 76.

artículo 2 del mismo instrumento⁵⁸. En un sentido similar, la Corte Interamericana observó que la conclusión del CJCP en relación con la imposibilidad de revisar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la LDGP, por la aplicación de la cláusula de exclusión, fue a través de un análisis puramente constitucional en el cual no se consideraron las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁹. La Corte IDH concluyó que –como una cuestión de derecho internacional– el análisis del CJCP no debía haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional sino también debió haber considerado si la ley también era convencional, para de esta forma determinar si la LDGP restringía o violaba los derechos reconocidos en la Convención Americana⁶⁰. El CJCP debió, entonces, realizar un control de convencionalidad y no solo de constitucionalidad sobre la normativa nacional.

De esta forma, a través del control de convencionalidad, el CJCP tenía que haber evitado la aplicación del artículo 26 constitucional pues esta disposición le niega a los ciudadanos de Barbados en general y a las presuntas víctimas, en particular, el derecho a la protección judicial contra violaciones del derecho a la vida⁶¹. En consecuencia, en el caso Boyce la Corte Interamericana decidió que los jueces debían ejercer un control de convencionalidad sobre todas las normas del sistema jurídico nacional para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Convención Americana, lo que incluye normas de rango constitucional. Esta aproximación permite distinguir conceptualmente entre el control de constitucionalidad

58 *Ibid.*, párr. 72.

59 *Ibid.*, párr. 77.

60 *Ibid.*, párr. 77.

61 *Ibid.*, párr. 78.

y el control de convencionalidad, pues los jueces deben no solo controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales sino también su convencionalidad⁶². Esto significa que las autoridades nacionales deben inaplicar una norma de rango constitucional que sea contraria a la Convención Americana, en caso de ser necesario para garantizar la protección de los derechos humanos. De esta forma, el juez nacional podrá asegurar el efecto útil de este instrumento regional.

3. El control de convencionalidad y la obligación de utilizar recursos penales para garantizar el efecto útil de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El caso Heliodoro Portugal contra Panamá

En este caso, la Corte IDH estableció que la tipificación de la desaparición forzada de personas como un delito autónomo y la definición expresa de las conductas punibles que lo componen, tienen un carácter primordial para la efectiva erradicación de este delito particularmente grave. En su jurisprudencia este patrón criminal constituye un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple y continua de varios derechos protegidos por la Convención Americana. Es por esta razón que la normativa penal relativa al plagio, el secuestro, la tortura o el homicidio no es suficiente para sancionarlo⁶³. En ese sentido, la Corte Interamericana consideró en el caso Heliodoro Portugal que la falta de tipificación del delito autónomo obstaculizó el desarrollo

62 Cfr. Serrano Guzmán, Silvia. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia...*, p. 28.

63 Cfr. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 181.

efectivo de un proceso penal, que abarcara los elementos que constituyeron la desaparición forzada de esta víctima; ello permitió que se perpetuara la impunidad⁶⁴.

La Corte IDH observó que la obligación particular del Estado de Panamá de tipificar el delito de desaparición forzada surgió para este del texto del artículo 2 de la Convención Americana y del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante la CIDFP); este último establece que “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”. La Corte Interamericana recordó que, derivado del artículo 2 de la CADH, los operadores de justicia deben realizar un control de convencionalidad como una práctica conducente a cumplir con las obligaciones estatales internacionales y garantizar el efecto útil de los instrumentos internacionales, lo que incluye la CIDFP⁶⁵.

En consecuencia, ante la imperiosa necesidad de evitar la impunidad en lo relativo a la desaparición forzada de personas cuando un Estado no la haya tipificado como delito autónomo, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a la disposición del operador de justicia para garantizar la investigación y la sanción adecuadas de sus responsables en los términos previstos por el derecho internacional. El control de convencionalidad debe ser utilizado como un medio a través del cual se suple el incumplimiento del Poder Legislativo de su deber de adoptar las medidas de derecho interno en los

64 Cfr. *Ibid.*, párr. 183.

65 Cfr. *Ibid.*, párr. 180.

términos previstos por el artículo III de la CIDFP, de forma tal que el operador de justicia utilice aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que –en casos de desaparición forzada de personas– se pueden ver afectados en casos de desaparición forzada como son el derecho a la libertad, a la integridad personal y a la vida⁶⁶.

Adicionalmente, en este caso hizo una importante apreciación conceptual pues trazó el vínculo entre la existencia del control de convencionalidad y las obligaciones del artículo 2, al establecer lo siguiente:

En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los

66 Cfr. *Ibid.*, párrs. 180 a 182.

derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. **Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales**, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁶⁷.

4. El control de convencionalidad y el deber de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte: el Caso Radilla Pacheco contra México

El caso Radilla Pacheco es particularmente relevante en el desarrollo del control de convencionalidad, pues la Corte IDH enfatizó que la obligación a cargo de los jueces de realizarlo incluye no solo el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones de la Convención Americana, sino también de interpretar las normas nacionales de conformidad con esta y los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁶⁸. Este criterio significó una importante adición

67 *Ibid.*, párrs. 179 y 180. (El subrayado es del autor).

68 Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C

a la doctrina en relación con lo originalmente establecido en Almonacid Arellano, pues notó que la interpretación y la aplicación de una norma nacional pueden generar violaciones de derechos humanos, aun cuando la norma nacional puede no ser contraria a la CADH. Por este motivo, las autoridades deben velar porque sus interpretaciones del derecho nacional no vulneren los derechos humanos y el control de convencionalidad es un medio para alcanzar este objetivo.

Radilla Pacheco es el primero de una serie de casos contra el Estado mexicano que involucraba violaciones a los artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, derivados de la aplicación de los artículos 57 del Código de Justicia Militar y el 13 de la Constitución Política de dicho país. Estos artículos servían como base para negar que el fuero común conociera de casos relacionados con delitos cometidos por miembros de las fuerzas castrenses, no conectados con la disciplina militar y donde civiles eran víctimas⁶⁹. La jurisprudencia de la Corte Interamericana había restringido el ejercicio de la jurisdicción penal militar desde el caso Castillo Petruzzi contra Perú⁷⁰, por lo que esta encontró que el artículo 57 era parcialmente incompatible con la CADH y debía ser modificado en razón de su artículo 2, pero encontró que el artículo 13 de la Constitución mexicana no era *per se* incompatible con la Convención Americana y que el problema se encontraba en la forma en que era interpretado por autoridades nacionales.

Nº 209, párr. 340.

69 *Cfr. Ibid.*, párrs. 280 a 282; *cfr.* Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), *sentencia del 30 de agosto de 2010*, Serie C Nº 215; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), *sentencia del 26 de noviembre de 2010*, Serie C Nº 220.

70 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros...*, párr. 128; y *cfr.* Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía...*, párr. 142.

En consecuencia, la Corte IDH estableció que los jueces deben realizar un control de convencionalidad, de forma tal que es

necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana⁷¹.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso⁷².

A partir de la decisión en el caso Radilla Pacheco, se ha considerado que el control de convencionalidad primordialmente requiere a las autoridades realizar una “interpretación conforme” entre todas las normas del sistema jurídico nacional y el *corpus juris* interamericano, independientemente de si la ley es incompatible *per se* con la CADH. En consecuencia, solo en caso de que no sea posible realizar una interpretación conforme –pues la norma es manifiestamente contraria a la Convención Americana– las autoridades deberán evitar la aplicación de dicha norma, siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes. En tal sentido, este caso es también relevante al ser la primera ocasión en que la

71 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco...*, párr. 338.

72 *Ibid.*, párr. 340.

Corte IDH utilizó la doctrina como una forma de evitar futuras violaciones de derechos humanos, al establecerla como una garantía de no repetición en el texto de la sentencia.

5. Desarrollos posteriores del control de convencionalidad. De Cabrera García y Montiel Flores contra México a la Opinión Consultiva OC-24/17

En esta caso, la Corte IDH extendió el rango de las autoridades que están obligadas a realizar un control de convencionalidad al establecer que “todos los órganos [del Estado], incluidos sus jueces”, también están sometidos a la Convención Americana y quedan obligados a velar por su efecto útil⁷³. Este cambio de lenguaje fue adoptado para dejar en claro que el control de convencionalidad “debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones”⁷⁴. Este caso también es importante por la opinión concurrente del entonces juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor, actual presidente de la Corte Interamericana, en donde son explicados a detalle los desarrollos y retos de la doctrina hasta ese momento⁷⁵. Esta opinión concurrente es un punto importante

73 Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, párr. 225.

74 Cfr. *Ibid.*, voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 20.

75 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución del 20 de marzo de 2013, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; y Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

de referencia para el entendimiento de los alcances del control de convencionalidad.

En el mismo sentido, en el caso *Gelman* la Corte IDH estableció que el deber de realizar un control de convencionalidad es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁷⁶. Este criterio sigue la lógica del caso *Velásquez Rodríguez*, en el sentido de que el deber de cumplimiento con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 requiere que todo el aparato estatal se oriente al cumplimiento del deber de respeto y garantía. Con la aproximación en el caso *Gelman*, la Corte Interamericana dio un paso –controversial, sin duda– para establecer que el control de convencionalidad sirva como un mecanismo para todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias –no solo los jueces– en función de garantizar el efecto útil de la Convención Americana. Así, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman* se estableció que el control de convencionalidad ha sido concebido como una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”⁷⁷.

76 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 239.

77 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 65. Recientemente se ha establecido que el control de convencionalidad también debe ser realizado sobre la base de las opiniones consultivas, pues al hacerlo se estaría realizando un control de convencionalidad preventivo. Cfr. Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, párr. 31; y Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana*

En la misma resolución, se determinó que existen dos manifestaciones distintas de la obligación de ejercer un control de convencionalidad. Dichas manifestaciones son determinadas dependiendo si la sentencia, en donde se interpreta una disposición de la CADH, se ha dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte de la controversia pues la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación, dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional⁷⁸. En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana determinó que el control de convencionalidad posee un rol importante en el cumplimiento de sus sentencias por parte de las autoridades nacionales, pues complementa la obligación estatal de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces⁷⁹.

De esta forma, a través del control de convencionalidad las autoridades tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte IDH sobre la normatividad interna, las interpretaciones y las prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. Tal y como lo explica Ferrer MacGregor, dichas sentencias –en tanto adquieren la autoridad de cosa juzgada internacional– producen una eficacia *inter partes* que consiste en la obligación estatal de cumplir todo lo establecido en las mismas de forma pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de sus efectos, que se deriva de los artículos 67 y 68.1 de la CADH⁸⁰.

sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, Serie A N° 22, párr. 31.

78 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 67.

79 *Cfr. Ibid.*, párr. 73.

80 *Cfr. Ibid.*

Pero el control de convencionalidad es también una obligación para todas las autoridades de los Estados aun cuando no hayan sido parte del procedimiento, pues por el mero hecho de pertenecer a uno que es parte de la Convención Americana están constreñidas a garantizar que la emisión y la aplicación de las normas nacionales sean consistentes con las obligaciones internacionales del mismo y con las interpretaciones que de la CADH haya hecho la Corte IDH⁸¹. En dicha lógica, esta determinó en la Opinión Consultiva OC-21/16 que el deber de prevención requiere que el control de convencionalidad sea realizado también sobre la base de los criterios emanados –precisamente– de opiniones consultivas. La Corte Interamericana estimó “necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”⁸².

81 *Cfr. Ibid.*, párr. 69.

82 *Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...*, párr. 31; Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas...*, párr. 152; y *cfr. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23, párr. 28; y Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 26.

Recientemente se ha hecho un énfasis en la íntima relación entre el control de convencionalidad y el principio de complementariedad o subsidiariedad⁸³. En el caso Masacre de Santo Domingo, la Corte IDH estableció que dicho principio informa transversalmente al sistema interamericano, de forma tal que el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y [...] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos”⁸⁴. El control de convencionalidad se ha entendido como una institución jurídica que fortalece la complementariedad del mencionado sistema regional, pues incrementa la efectividad de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana ha reconocido cuando los jueces nacionales realizan un adecuado control de convencionalidad en la resolución de casos sujetos a su jurisdicción, tal y como sucedió en la reciente sentencia del caso Tenorio Roca⁸⁵. En esta misma lógica, en el caso Andrade Salmón la Corte Interamericana determinó que el carácter complementario de la

83 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia del 30 de noviembre de 2012, Serie C N° 259, párr. 142; cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay* (Supervisión de cumplimiento...), párr. 70; y cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de diciembre de 2016, Serie C N° 330, párr. 93.

84 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo...*, párr. 142.

85 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de junio de 2016, Serie C N° 314, párr. 231.

jurisdicción internacional significa que el Estado es el principal garante de los derechos de las personas, abundando en que el control de convencionalidad es una obligación que surge justamente para coadyuvar a que las autoridades estatales sean las primeras en garantizar que la interpretación y la aplicación del derecho nacional sean consistentes con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos⁸⁶. En este último caso, también se hizo referencia sobre cómo la complementariedad del sistema interamericano ha impactado la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos donde los Estados han resuelto la violación alegada en el caso y han dispuesto reparaciones razonables⁸⁷.

IV. Reflexiones en torno al futuro del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en los Estados parte de la Convención Americana

Los últimos casos donde se ha hecho referencia al control de convencionalidad, muestran dos aproximaciones distintas. Por un lado, la Corte IDH ha expandido los alcances de esta doctrina con un enfoque “vertical”; por ejemplo, en el caso Cabrera García y Montiel Flores así como en el caso Gelman ha determinado que todas las autoridades de los Estados parte de la CADH deben realizar un control de convencionalidad o ha establecido que las opiniones consultivas son un parámetro para el ejercicio del control de convencionalidad (en las opiniones

86 Cfr. Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de diciembre de 2016, Serie C N° 330, párr. 93.

87 Cfr. *Ibid.*, párrs. 94 y 102.

consultivas 21⁸⁸, 22⁸⁹, 23⁹⁰ y 24⁹¹). Por otro lado, la Corte Interamericana ha vinculado conceptualmente la obligación de las autoridades de realizar un control de convencionalidad al principio de subsidiariedad o complementariedad –en el caso Masacre de Santo Domingo y en la supervisión del cumplimiento de sentencia en el caso Gelman– e incluso le ha dado algún valor normativo a esta aproximación, reconociendo así una deferencia a las actuaciones de los Estados a nivel interno, como ocurrió en los casos Tenorio Roca y Andrade Salmón.

En este punto, cabe preguntarse cuál es el camino que la Corte IDH debe seguir en su aproximación respecto al control de convencionalidad; sobre todo, a partir de esta etapa marcada por el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana. ¿Debe continuar desarrollando

88 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21., párr. 31

89 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22., párr. 26

90 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23., párr. 28

91 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24., párr. 26.

esta doctrina de forma tal que expanda cada vez más los alcances de sus pronunciamientos y competencias en aras de garantizar una mayor protección de derechos, pero teniendo poca o ninguna consideración sobre el derecho nacional de los Estados o los límites fijados por la voluntad de los Estados en la CADH? ¿O debe dar mayor peso a la naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema interamericano, promoviendo así un pluralismo jurídico en la región? En otras ocasiones ya he desarrollado la tesis acerca de por qué una construcción apegada al principio de subsidiariedad resultaría más adecuada para el éxito presente y futuro de esta doctrina y, en general, para la protección de derechos humanos en la región⁹². Sin embargo, cabe agregar razones adicionales que responden a dos legítimos cuestionamientos que se pueden hacer al entendimiento común de los alcances del control de convencionalidad.

El primero es que la Corte Interamericana estaría excediendo sus competencias al afirmar la obligatoriedad y supremacía de sus interpretaciones para Estados que no hayan sido parte de un litigio. El segundo es que una visión maximalista del control de convencionalidad estaría rivalizando con el derecho constitucional de la mayoría de los Estados, al presuponer o

92 Cfr. González Domínguez, Pablo. *The Doctrine of Conventionality Control. Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Intersentia, Reino Unido, 2018; González Domínguez, Pablo. “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, *Cuestiones Constitucionales, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, N° 38, enero-junio 2018, pp. 200-226; González Domínguez, Pablo. “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Año 15, N° 1, pp. 55 a 98; y Carozza, Paolo G. y González Domínguez, Pablo. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, Vol. 15, N° 2, pp. 414 a 435.

afirmar la supremacía de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho nacional. Y es que sucede que una versión maximalista del control de convencionalidad, en efecto, presupone que una vez que la Corte Interamericana se pronuncie sobre cualquier cuestión relacionada con derechos humanos –ya sea en ejercicio de sus competencias contenciosa, consultiva o de supervisión– los Estados tienen el deber de hacerse a ese criterio sin importar ninguna cuestión de derecho nacional en contrario. Sin embargo, en opinión de quien escribe, esta posición debe ser rechazada al menos por dos razones.

La primera es que evitar afirmar la supremacía de sus pronunciamientos le permitiría a la Corte Interamericana conservar su libertad para decidir sobre casos atendiendo a las circunstancias específicas que los rodean. Una visión del control de convencionalidad que respete la subsidiariedad del sistema interamericano, y los límites de la Convención Americana, reconocería que la obligación de las autoridades nacionales de aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH no es absoluta más allá de los casos en que su Estado ha sido condenado en un procedimiento contencioso. De esta forma, podría realizar interpretaciones más expansivas de la CADH atendiendo a las particularidades de casos concretos, sin tener que considerar que ese criterio se transformará en una regla de aplicación obligatoria para todos los Estados. Esto sería especialmente benéfico en aquellas materias donde no existe consenso regional respecto al alcance de la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana, y donde la propia naturaleza de los derechos involucrados permite diversas interpretaciones válidas, como sucede en materia de protección al derecho a la participación política o en el ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por mencionar dos ejemplos particularmente controversiales.

La segunda razón es que respetar el pluralismo jurídico implícito en el artículo 2 de la Convención Americana, y en general el pluralismo implícito en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en lo que respecta a la jerarquía constitucional que gozan las fuentes de derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales, permitiría a las instituciones nacionales realizar un adecuamiento de los requerimientos del control de convencionalidad en atención a los sistemas constitucionales vigentes⁹³. Esta posición incrementaría la efectividad del control de convencionalidad en los Estados parte de la CADH, al permitir que su implementación avance de manera conjunta en la apertura constitucional a las fuentes del derecho internacional que puedan existir en un Estado en particular. También podría servir como una herramienta más para generar cambios al interior de los Estados, sin necesidad de imponer la muy problemática noción de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es suprema al derecho nacional. Esto evitaría tensiones políticas y controversias jurídicas innecesarias entre la Corte IDH y los Estados; asimismo, permitiría que la implementación de los derechos humanos avance en un espíritu dialógico entre diversos actores políticos en nuestra región.

Reconocer el importante rol del principio de subsidiariedad en la interpretación de la Convención Americana en general, y del control de convencionalidad en particular, beneficiaría la efectividad de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos en el largo plazo. También permitiría que la construcción del alcance de los derechos y de los mecanismos para su implementación, se realice de manera conjunta entre la acción de los Estados y de la Corte Interamericana. De igual forma, evitaría generar tensiones políticas innecesarias y

93 Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros...*, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 25.

contraproducentes para la fortaleza del sistema interamericano, así como para la protección de los derechos humanos. Estas tensiones se han generado recientemente –por mencionar los ejemplos más representativos– con Uruguay en 2013, República Dominicana en 2014, Argentina en 2017, Perú en 2018 y Costa Rica en 2018⁹⁴. Por supuesto, tomar en serio el principio de subsidiariedad implica reconocer que existen límites a los alcances de las competencias contenciosa, consultiva, preventiva y de supervisión de la Corte IDH; también que esta no es el único –ni definitivo– actor relevante para determinar el alcance regional de la protección de los derechos humanos en los Estados parte de la Convención Americana.

Conclusión

La creación del control de convencionalidad está relacionada con el progresivo fortalecimiento de la naturaleza prescriptiva del artículo 2 de la CADH. La posición asumida por la Corte Interamericana desde el caso Suárez Rosero entendió dicho artículo como la fuente de obligaciones exigibles en el plano internacional, no como una norma programática que limitaba su competencia para pronunciarse sobre su violación; ello abrió la puerta para la práctica de la Corte IDH de evaluar la compatibilidad entre normas nacionales y la Convención Americana, así como la de ordenar a los Estados las medidas “legislativas o de otro carácter” que debían tomar para garantizar el efecto útil de la CADH. El desarrollo progresivo del artículo 2 derivó en la creación de la doctrina del control de convencionalidad en el caso Almonacid Arellano, como una

94 Cfr. Fuchs, María-Christine. *¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en actor político?*, marzo 2018, pp. 1 y 2, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_51720-1522-4-30.pdf?180312223822

especificación del tipo de medidas que los jueces nacionales deben adoptar –conforme a dicho artículo– ante la presencia de una norma inconvencional, para así evitar que dicha norma sea la causa de violaciones de derechos humanos protegidos internacionalmente.

El control de convencionalidad ha continuado su desarrollo normativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque sus elementos fundacionales no han sido alterados en esencia. En este sentido, ha avanzado de ser una doctrina elaborada para resolver una circunstancia particular en el caso Almonacid Arellano, para convertirse en una obligación a cargo de todas las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana de crear, interpretar y aplicar cualquier norma jurídica nacional –Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.) de conformidad con *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y dicho *corpus juris*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁹⁵.

La reciente vinculación entre el control de convencionalidad y el principio de complementariedad o subsidiariedad, iniciada en el caso Masacre de Santo Domingo y continuada en Andrade Salmón, ha abierto la puerta para que esta doctrina permita una

95 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Control de Convencionalidad (sede interna)*; en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo I, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, México, p. 233.

mayor efectividad de los derechos humanos al reconocer el rol de los Estados en la aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ámbito interno. Una aproximación que tome en serio el principio de subsidiariedad permitirá reconocer –no solo en el discurso, sino también en la práctica– aquellos casos donde el Estado ha realizado una adecuada aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y ha reparado las violaciones producidas, promoverá un verdadero diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, y será útil para continuar desarrollando un *jus constitutionale commune* para Latinoamérica que respete la pluralidad de aproximaciones que los Estados pueden tener, para garantizar la efectividad de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2018)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Wendy Singh
Vicepresidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Mayra Alarcón
Carlos M. Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Carlos Basombrío
Eduardo Bertoní
Allan Brewer Carías
Antonio A. Caçado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan
Suzana Cavenaghi
Ariel E. Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Luis Ernesto Vargas Silva
Francisco Eguiguren Praeli
Joel Hernández García
Antonia Urrejola
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire

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