



Departament de Dret Constitucional, Ciència Política i de l'Administració. Facultat de Dret.  
Universitat de València.

**EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS, LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES  
DE LA REGIÓN ANDINA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS  
HACIA UN DERECHO AMERICANO Y GLOBAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS**

Tesis doctoral, para su defensa pública,  
presentada por

**MARCELA RITA ORTIZ TORRICOS**

bajo la dirección del

**PROF. DR. D. ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS**

En el marco del Programa de Doctorado  
"Problemas actuales del Derecho"  
2014



## ÍNDICE

---

ABREVIATURAS.	.....	11
INTRODUCCIÓN.	.....	13
DELIMITACIÓN DEL OBJETO, FUENTES Y METODOLOGÍA.	.....	25
CAPÍTULO I		
DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTALES. INTERNACIONALIZACIÓN		
I.1. Aproximación terminológica.	.....	31
I.1.1 Concepto de Derechos Fundamentales.	.....	34
I.2. Breve referencia histórica sobre los derechos.	.....	37
I.2.1 Internacionalización de los derechos.	.....	41
I.2.1.1 Primera etapa.	.....	43
I.2.1.2 Segunda etapa.	.....	43
I.2.1.3 Tercera etapa.	.....	44
I.2.1.4 Cuarta etapa.	.....	49
I.3. Tipología de los derechos.	.....	50
I.3.1 Crítica a la “teoría de generación de derechos”.	.....	55
I.4. Características de los derechos.	.....	57
I.4.1 Inviolabilidad.	.....	59
I.4.2 Universalidad.	.....	60
I.4.2.1 Universalidad y relativismo de los derechos.	.....	61

I.4.3 Interdependencia.	65
I.4.4 Indivisibilidad.	66
I.4.5 Progresividad.	67
I.5. Garantías y clases.	69
I.5.1 Aplicabilidad directa de los derechos en países de la región andina.	73
I.6. Aplicabilidad de los tratados de derechos humanos	76
I.6.1 Incorporación del derecho internacional en el derecho interno.	77
I.6.1.1 La tesis del dualismo.	78
I.6.1.2 La tesis del monismo.	79
I.6.2 Perspectivas complementarias.	79
I.6.2.1 Obligación de carácter negativo ( <i>pacta sunt servanda</i> ).	80
I.6.2.2 Obligación de carácter positivo (coordinación).	81
I.6.3 Procedimiento de aprobación de los tratados.	83
I.6.4 Jerarquía de los tratados.	87
I.6.5 Bloque de constitucionalidad.	97
I.6.6 Cláusula abierta y nuevos derechos.	106
I.7. Interpretación de los derechos.	111
I.7.1 Interpretación dentro del bloque de constitucionalidad.	113
I.7.2 Interpretación literal y conforme a la voluntad del constituyente.	117
I.7.3 Interpretación intercultural.	122

## CAPÍTULO II

### SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 129

II.1. Instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos.	130
II.1.1 La Carta de la Organización de Estados Americanos.	131
II.1.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	135
II.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.	138
II.1.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).	140
II.1.5 Otros instrumentos interamericanos sobre Derechos Humanos.	141
II.2. Comisión interamericana de derechos humanos.	143

II.2.1 La regulación jurídica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	149
II.2.1.1 Composición y elección.	150
II.2.1.2 Régimen de incompatibilidades, impedimentos e inhabilidades.	151
II.2.1.3 Organización y funcionamiento.	153
II.2.1.4 Competencias.	155
II.2.2 Procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales para Estados partes en la Convención Americana.	159
II.2.2.1 El derecho de petición individual.	159
II.2.2.2 Comunicaciones estatales.	162
II.2.2.3 Establecimiento de la competencia de la Comisión.	165
II.2.2.4 Admisibilidad.	170
II.2.2.5 Medidas Cautelares.	178
II.2.2.6 Investigación en el lugar.	181
II.2.2.7 Etapa contradictoria y establecimiento de los hechos.	182
II.2.2.8 Solución amistosa.	186
II.2.2.9 Decisión sobre el fondo por la Comisión.	190
II.2.3 Procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales para Estados no partes en la Convención Americana.	195
II.3. Corte interamericana de derechos humanos.	196
II.3.1 La regulación jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	199
II.3.1.1 Composición y elección.	199
II.3.1.2 Categorías de Jueces.	201
II.3.1.3 Régimen de Incompatibilidades, impedimentos e Inhabilidades.	204
II.3.1.4 Organización y funcionamiento.	208
II.3.1.5 Competencias (contenciosa y consultiva)	212
II.3.2 Procedimiento para casos contenciosos.	213
II.3.2.1 Competencia: en razón de las personas (del <i>locus standi</i> al <i>jus standi</i> ), por materia y temporal.	214
II.3.2.2 Medidas Provisionales.	219
II.3.2.3 Fase escrita. Demanda.	223

II.3.2.4 Contestación.	.....226
II.3.2.5 Excepciones Preliminares.	..... 228
II.3.2.6 Otros actos de procedimiento.	..... 230
II.3.2.7 Fase oral. Audiencias.	..... 230
II.3.2.8 Actividad probatoria.	..... 232
II.3.2.9 Terminación anticipada del proceso.	..... 238
II.3.2.10 Sentencia de fondo.	..... 239
II.3.2.11 Recursos.	..... 245
II.3.3 Procedimiento para opiniones consultivas.	.....247
II.4. Reflexiones sobre el sistema interamericano.	..... 249

### CAPÍTULO III

#### ENTRE LA COSA JUZGADA E INTERPRETADA: INTERACCIÓN Y TENSIÓN.

III.1. Alcance del denominado “diálogo” entre tribunales.	..... 265
III.2. Relación entre tribunales internacionales con tribunales estatales.	.....272
III.2.1 Cosa juzgada ( <i>efecto inter partes</i> ).	..... 274
III.2.1.1 Carácter vinculante directo.	..... 277
III.2.1.2 Cumplimiento.	.....281
III.2.2 Cosa interpretada ( <i>efecto erga omnes</i> ).	.....308
III.2.2.1 Control de convencionalidad.	..... 317
III.2.2.2 Seguimiento nacional o interpretación conforme.	.....324
III.2.2.3 Margen de apreciación nacional (discrecionalidad estatal).	.....333
III.3. Tensiones que se genera por el diálogo.	.....338

### CAPÍTULO IV

#### DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CON LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LA REGIÓN ANDINA. HACIA UN DERECHO AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

IV.1. Derecho al proceso dentro de un plazo razonable.	.....357
IV.1.1 Marco normativo internacional.	.....357

IV.1.2 Noción y finalidad.	359
IV.1.3 Determinación de un plazo razonable.	362
IV.1.3.1 Análisis global del procedimiento.	364
IV.1.3.1.1 Cómputo del plazo: inicio.	367
IV.1.3.1.2 Cómputo del plazo: término o fin.	371
IV.1.3.2 Los criterios de razonabilidad.	372
IV.1.3.2.1 La carga de la prueba y su valoración.	379
IV.1.4 Consecuencias jurídicas de la violación.	382
IV.1.4.1 Reparación integral.	383
IV.1.4.2 Orden de conclusión del proceso penal.	385
IV.2. Derecho a un juez natural.	388
IV.2.1 Marco normativo internacional.	388
IV.2.2 Noción y finalidad.	389
IV.2.3 Juez Competente.	392
IV.2.3.1 Ley “anterior” Vs. jueces y/o tribunales <i>ad-hoc</i> .	396
IV.2.3.2 Jurisdicción y competencia militar.	403
IV.2.4 Juez Independiente.	411
IV.2.4.1 Independencia Vs. jerarquía y obediencia en el ámbito militar.	414
IV.2.4.2 Juicios políticos no aseguran la independencia del juzgador.	416
IV.2.4.3 Los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador.	419
IV.2.5 Juez Imparcial.	428
IV.2.5.1 Elementos objetivo y subjetivo de la imparcialidad.	429
IV.2.5.2 Cuestión de imparcialidad: recusación.	432
IV.2.5.3 La apariencia de imparcialidad. Tribunales militares.	436
IV.3. Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información.	439
IV.3.1 Marco normativo internacional.	439
IV.3.2 Alcance del derecho.	442
IV.3.2.1 La organización social y el derecho.	442
IV.3.2.2 Noción y objeto de la libertad de expresión e información. Finalidad.	444
IV.3.2.3 Dimensiones de la libertad de expresión e información.	447

IV.3.3 Sociedad democrática: libertad de expresión (libertad de opinión) y libertad de información en los medios de comunicación social (libertad de prensa).	451
IV.3.3.1 Libertad de información activa por medios de prensa.	
Periodistas y colegiación.	459
IV.3.3.2 Tolerancia y libertad de información (medios de comunicación social).	465
IV.3.3.3 Acceso a la información (libertad de información pasiva y activa de los ciudadanos).	468
IV.3.3.4 Procesos electorales.	473
IV.3.3.4.1 Campaña electoral (debate político).	474
IV.3.4 Restricciones o límites a los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información.	481
IV.3.4.1 Censura previa. Salvedad.	483
IV.3.4.2 Requisitos para legítimas restricciones.	487
IV.3.4.2.1 Causales previamente establecidas por ley.	489
IV.3.4.2.2 Legitimidad de los fines de protección.	491
IV.3.4.2.3 El concepto de “necesidad” en una sociedad democrática.	494
IV.3.5 Ponderación de derechos ( <i>balancing</i> ).	501
IV.3.5.1 La libertad de expresión y su valor preponderante.	503
IV.3.5.1.1 Relevancia pública de la información.	505
IV.3.5.1.2 Principio de veracidad, exigible tratándose de la libertad de información (hechos) y no de la libertad de expresión (opiniones).	509
IV.3.5.1.3 Uso excesivo, responsabilidades ulteriores.	516
IV.3.5.2 Necesidad de proteger el honor, reputación, orden público y otros.	519
IV.4. Derecho a la igualdad.	522
IV.4.1 Marco normativo internacional.	522
IV.4.2 Desarrollo histórico (desde la igualdad formal hacia la igualdad material).	530
IV.4.3 Naturaleza jurídica (valor, principio, derecho).	535



IV.4.4 Igualdad como prohibición de trato arbitrario o la igualdad ante la Ley.	543
IV.4.4.1 Diferencia de trato: justificación objetiva y razonable.	546
IV.4.4.2 Test de proporcionalidad (o de razonabilidad).	549
IV.4.5 Igualdad como prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos.	557
IV.4.5.1 Discriminación.	557
IV.4.5.1.1 Discriminación directa e indirecta.	561
IV.4.5.2 Categorías sospechosas.	566
IV.4.5.3 Desigualdades estructurales.	573
IV.4.5.4 Acciones positivas de los Estados.	576
IV.4.5.4.1 Acciones afirmativas o acciones de discriminación inversa.	584
IV.4.5.4.2 Diversos tipos de medidas.	587
IV.4.5.5 Derechos colectivos como protección a grupos vulnerables	591
IV.4.5.6 Algunos casos de discriminación y protección.	594
IV.4.5.6.1 Indígenas.	594
IV.4.5.6.2 Mujeres.	598
IV.4.5.6.3 Migrantes.	604

## CAPÍTULO V

### A MODO DE EPÍLOGO: EL DIÁLOGO ENTRE TEDH Y CORTE IDH: HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

V.1. A manera de justificación.	611
V.2. Recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por el TEDH.	614
V.2.1 Derecho a la vida (desapariciones forzadas).	617
V.2.2 Derecho a la integridad personal.	623
V.2.3 Derecho a un juez natural.	625
V.2.4 Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información.	627
V.2.5 Derecho a la igualdad.	628
V.3. Recepción de la jurisprudencia del TEDH por la Corte IDH y tribunales estatales europeo (España) y americanos (Bolivia, Colombia y Perú).	631

V.3.1 Derecho al proceso dentro de un plazo razonable. ....	633
V.3.2 Derecho a un juez natural. ....	640
V.3.3 Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información. ...	661
V.3.4 Derecho a la igualdad. ....	673
V.4. En busca de un diálogo constructivo y crítico. ....	688
CONCLUSIONES, APRECIACIONES Y PROPUESTAS. ....	705
RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS. ....	753
ANEXO (Cuadrados de relación de derechos y/o temas). ....	771
BIBLIOGRAFÍA CITADA. ....	787

## **ABREVIATURAS**

---

- CADH** Convención Americana sobre Derechos Humanos  
**CEDH** Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales  
**CIDH** Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
**Corte IDH** Corte Interamericana de Derechos Humanos  
**CPE** Constitución Política del Estado  
**DADH** Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre  
**DUDH** Declaración Universal de Derechos Humanos  
**ECOSOC** Consejo Económico y Social  
**EXP** Expediente del Tribunal Constitucional del Perú  
**OC** Opinión Consultiva  
**OEA** Organización de Estados Americanos  
**ONU** Organización de las Naciones Unidas  
**PIDCP** Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos  
**PIDESC** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales  
**SC** Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia  
**SCP** Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia  
**SEDH** Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos  
**SENT** Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia  
**SIDH** Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos  
**STC** Sentencia del Tribunal Constitucional de España  
**TEDH** Tribunal Europeo de los Derechos Humanos  
**Vs** Versus



## INTRODUCCIÓN

---

Merced al Convenio entre la Universidad de Valencia-España y la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca-Bolivia se desarrolló el Programa de Doctorado “Problemas Actuales en Derecho”. Una vez cursada la parte de docencia se realizó la defensa del trabajo de investigación y posterior examen del DEA, investigación trabajada sobre: “El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su integración en el ordenamiento jurídico boliviano” realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Alexandre H. Català i Bas, acometiéndose bajo de la dirección del mencionado profesor la elaboración de la tesis doctoral que ahora se presenta denominada: “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el TEDH. Hacia un derecho americano y global de los derechos humanos”. Nos decidimos por ese tema al constatar que no había sido objeto de análisis en profundidad la posible influencia, diálogo, de la Corte IDH con los tribunales constitucionales americanos, estudio en el campo del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos con los se tiene una especial vinculación e inclinación, no solo por contar con el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, sino por haber trabajado durante varios años en la función pública primero como Abogada Asistente y Letrada del Tribunal Constitucional de Bolivia, luego como vocal del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca y como tal miembro de tribunales de garantías constitucionales en acciones tutelares, además de estar relacionada con la actividad académica como docente de derecho constitucional que fui en cursos de pre grado y ahora de post grado.

En el territorio de América (al igual que en Europa y otros continentes): “lo primero que se impone frente a políticas públicas de protección y promoción de derechos humanos es la diferencia consistente y racional de los distintos ámbitos de protección”<sup>1</sup>, así existen diversas regulaciones normativas, que: “aun manteniendo formalmente su plena independencia en su origen, sistema de fuentes, estructura normativa y jurisdiccional, se superponen en su vocación de regular los derechos y las obligaciones de las personas físicas y jurídicas de los Estados”<sup>2</sup>.

Esos ordenamientos jurídicos de carácter internacional y nacional que establecen un: “régimen general de derechos fundamentales aplicable a todos los ciudadanos para que pueda afirmarse la presencia de una ... comunidad constitucional, única forma actual admisible de la comunidad política”<sup>3</sup>, regulaciones que además establecen una tutela multinivel a partir de la multiplicidad de instancias de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, produciéndose una: “coexistencia entre las jurisdicciones nacionales, ... comunitaria, y ... convencional, que se basa ... en una autocontención por parte de las diversas instancias”<sup>4</sup> que defienden y protegen los derechos fundamentales.

En la actividad jurisdiccional de esos órganos de protección estatal e internacional, se va produciendo una comunicación e interrelación a través de las interpretaciones de los derechos que en sus determinaciones van efectuando, construyéndose así una importante jurisprudencia (en todos los niveles) que evidencia una mutua influencia entre ellas, reflejándose la existencia de una

---

<sup>1</sup> Alejandro Aponte Cardona: “Desplazamiento forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno hacia una confluencia racional y consciente de diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos” en Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011, p. 73.

<sup>2</sup> Gil Carlos Rodríguez Iglesias y otro: “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2 Vol. I, julio/diciembre 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 330.

<sup>3</sup> Luis López Guerra: “Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales” en *R.V.A.P.* núm. (65), 2003, p. 191.

<sup>4</sup> Op. cit. supra, p. 200.

comunicación y diálogo, entendido como: “un proceso de influencias y relaciones recíprocas”<sup>5</sup>.

En el presente trabajo se hace un esfuerzo por demostrar cómo en la protección de ciertos derechos estudiados se van generando influencias y relaciones recíprocas entre tribunales internacionales con los estatales, que posibilitan una mejor y mayor protección a favor del ser humano; sin embargo ese proceso de influencias mutuas y diálogo no es resultado automático de la existencia de diversas jurisdicciones que actúan con un solo norte de protección, sino que es producto de un largo y complejo proceso de articulación global de los ordenamientos y su alcance, que aún en la actualidad no se ha logrado de manera plena, en la medida en que cada sistema de protección de los derechos humanos, sea a nivel americano o europeo, internacional y estatal, cuenta con sus propias realidades con diversas tonalidades en su origen y con distinto impulso en su desarrollo, aunque resulta claro que todos los sistemas a través de sus ordenamientos buscan potenciar la protección de los derechos humanos en tiempos que de manera contradictoria se han caracterizado por una lamentable y permanente violación como desconocimiento de los mismos.

El proceso de articulación global de los ordenamientos estatal e internacional, que norman derechos y establecen órganos de protección, transitó un camino largo que parte de la protección de los derechos fundamentales por el derecho constitucional dentro del ámbito interno de cada uno de los Estados (constitucionalismo liberal); poco a poco el derecho internacional público clásico va cediendo espacios a la denominada internacionalización de los derechos humanos que consiste: “... en el proceso que llevan a cabo los estados con miras a procurar la protección de los derechos humanos fuera de los mismos estados”<sup>6</sup>, a partir de la suscripción de convenios y tratados de derechos humanos, que consagran derechos y reconocen la existencia de órganos o tribunales de protección de carácter internacional (constitucionalismo social); en la actualidad se va consolidando una integración tutelar de los derechos humanos -entre el

---

<sup>5</sup> Luis López Guerra: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y Divergencias” en *Teoría y realidad constitucional*, ISSN 1139-5583, Nº 32, 2013 (Ejemplar dedicado a: La integración política de Europa ( I ), p. 141.

<sup>6</sup> Juan Antonio Travieso: *Historia de los Derechos Humanos*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 235.

Derecho Constitucional y el Derecho Internacional- a través de la llamada constitucionalización de los derechos humanos que permite que los reconocidos en instrumentos internacionales sean acogidos en los catálogos de las Constituciones de cada Estado (constitucionalismo pluralista caracterizado por la existencia de colectivos humanos que han estado en desventaja y opresión, protegidos primero por la comunidad internacional y luego por cada Estado).

La articulación de ordenamientos jurídicos de diversa naturaleza o la integración del derecho constitucional (nacional) y convencional (internacional) no se realiza de manera simple con fórmulas estatales o internas que acojan cualquiera de los métodos tradicionales creados por el Derecho Internacional (tesis monista o dualista), esa integración va más allá de esos métodos que están siendo superados por el derecho internacional de los derechos humanos, que es un derecho que: “encuétrase ineluctablemente orientado hacia las víctimas”<sup>7</sup> y que fija las relaciones entre los Estados y establece obligaciones de los mismos frente al imperativo de protección los derechos, debiéndose respetar compromisos internacionales y las decisiones de los órganos de protección internacional, a través del cumplimiento de obligaciones de carácter negativo (*pacta sunt servanda*) según las cuales un Estado no puede alegar disposiciones de su derecho interno para incumplir tratados internacionales de derechos humanos, así como el cumplimiento de obligaciones de carácter positivo que permiten crear normas e introducir en la legislación interna de cada Estado las modificaciones que sean convenientes para compatibilizar las reguladas por convenios internacionales, asegurando el cumplimiento y ejecución de los compromisos que sobre derechos humanos se hubiera adquirido.

Resulta interesante observar el proceso que ha ido transitando el SIDH en busca de su consolidación, tarea que no ha sido de fácil realización por los acontecimientos que rodearon su creación y por la forma como se fue estructurando su funcionamiento actual, que si bien no es pleno y se encuentra cargado de una serie de problemas, sin embargo no por ello deja de ser un sistema de real protección para el ser humano, sustentando en regulaciones

---

<sup>7</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica. *Revista IIDH*, Vol. N° 46, 2007, p. 288.



internacionales como la Carta de la OEA, la DADH, la CADH y otros instrumentos internacionales, que además de normar la parte sustantiva de los derechos, establece las bases para el funcionamiento de órganos internacionales de protección como son la Comisión IDH y la Corte IDH que pese a todas las contingencias que han estado en su contra es evidente que jugaron un rol protagónico y estelar en la defensa de los derechos humanos del continente americano.

Todos los Estados americanos que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH tienen la obligación convencional de cumplir con el fallo y la decisión interamericana que adquiere la calidad de “cosa juzgada” (*res judicata*) por poner fin a la controversia entre la persona y el Estado o entre Estados; esa decisión internacional adquiere vinculación directa y goza de efectos *inter partes* en la medida que alcanza solo a las partes del proceso, debiendo el Estado obligado acatar el fallo internacional, cumplimiento que en la práctica no siempre se ha dado en su totalidad y a cabalidad por falta de mecanismos adecuados (a nivel internacional como interno de cada Estado) que aseguren el mismo. A su vez, cuando la autoridad internacional se pronuncia en un determinado caso, realiza razonamientos al interpretar el alcance de los derechos, construcción jurisprudencial general que tiene vinculación objetiva e indirecta y con carácter *erga omnes* hacia los Estados partes de OEA, tratándose de determinar en el presente trabajo como los Estados estudiados (Colombia, Perú y Bolivia) a través de sus órganos internos de protección acogen o no el razonamiento o criterio interpretativo que sobre algún derecho dio la Corte IDH, o lo que es lo mismo, “el Tribunal (internacional) establece pautas de interpretación del Convenio, cuya aplicación futura, en nuevos casos, corresponde, entre otras autoridades, a los tribunales nacionales. Esta aplicación se justifica en virtud del concepto de cosa interpretada”<sup>8</sup>, relacionada con la doctrina del “seguimiento nacional”, en mérito a la cual corresponde a los órganos de protección local asumir y seguir en sus fallos, los razonamientos e interpretaciones que sobre los derechos humanos ha dado la Corte IDH, lo que *strictu sensu* es un “control de convencionalidad”.

---

<sup>8</sup> Luis López Guerra: “El diálogo ...”, op. cit., p. 140.

En el ámbito internacional el control de convencionalidad está a cargo de la Corte IDH que es la competente para determinar si una norma del derecho interno de un Estado o un determinado acto del mismo, contravienen o no a la CADH y de ser incompatible con la misma deberá disponer la reforma o la abrogación de la norma interna o de la práctica -como corresponda-, a fin de asegurar la vigencia de la CADH y otros tratados, así como el respeto de los derechos humanos, esta apreciación: “se fundamenta en una noción aceptable de control de convencionalidad efectuado desde arriba o desde el exterior (desde el nivel supranacional)”<sup>9</sup>. Además el control de convencionalidad puede ser ejecutado desde abajo o desde el interior o a partir del nivel nacional, que se traduce en la obligación que tienen las autoridades de cada Estado de asegurar que sus normas internas se adecuen a las normas de la CADH, así como aplicar las interpretaciones que la Corte IDH ha dado en materia de derechos humanos, es decir que existe un deber en cada tribunal estatal de contar con: “el previo conocimiento de las normas y las jurisprudencias internacionales que sirven como parámetro de control ... en el momento de su efectivo ejercicio por la jurisdicción nacional.”<sup>10</sup>, de ahí que el: “control de convencionalidad interno se concreta (como) una especie de comunicación interjurisdiccional ... que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la Corte IDH respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas.”<sup>11</sup>.

Ese: “control de convencionalidad (sea interno o externo) se muestra (como) un instrumento idóneo para acometer el correcto engranaje de las normas nacionales e internacionales”<sup>12</sup>, o de las normas constitucionales y de las convencionales cuya regulación en materia de derechos humanos debe ser similar, lo que también motiva un análogo entendimiento e interpretación por los

---

<sup>9</sup> Luis Jimena Quesada: “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del Control de Convencionalidad” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* • ISSN 1699-1524 Núm. 15/1er Semestre 2010, pp 41-74, p. 49.

<sup>10</sup> Luis Jimena Quesada: “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial” en *La eficacia de los derechos fundamentales en la UE*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, p 137.

<sup>11</sup> Humberto Nogueira Alcalá: “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2013, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2013, p. 530.

<sup>12</sup> Luis Jimena Quesada: “El diálogo ...”, op. cit., p. 42.

órganos de protección estatal e internacional, es que: “el control de convencionalidad responde a las tendencias más recientes hacia la internacionalización (europeización -o americanización-) del Derecho constitucional o la constitucionalización del Derecho internacional (europeo -americano-)”<sup>13</sup>, en esa medida la jurisdicción estatal asume como un parámetro de protección no solo el derecho constitucional, sino básicamente el derecho internacional de los derechos humanos, propiamente el contenido de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que: “comporta una especie de intersección en ese diálogo cruzado entre el TC y el TEDH –Corte IDH-”<sup>14</sup>. Sin ser el control de convencionalidad un control de constitucionalidad, su puesta en práctica: “permite fortalecer el conjunto de las fuentes del Derecho dotándole de coherencia, engrasar el entramado institucional restándole fricciones interorgánicas y, ante todo, reforzar el sistema de derechos fundamentales imprimiéndole dinamismo y mejorando los medios de garantía, en este caso la garantía suministrada por la jurisdicción ordinaria.”<sup>15</sup>.

Por lo referido el control de convencionalidad, resulta ser una vía de comunicación interjurisdiccional al lograr una conexión entre tribunales estatales con el tribunal internacional, en un “diálogo entre tribunales” que va: “desde la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro hasta la presencia de una efectiva interacción entre tribunales, es decir, de un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal”<sup>16</sup>, desde esa óptica se tiene que la comunicación entre el tribunal internacional con los estatales va variando de tonalidad, porque la relación puede expresarse en la manera como un tribunal nacional aplica y replica la jurisprudencia de la Corte IDH, pero la interacción puede ir por otro camino, cuando uno de los tribunales (sea el estatal o el internacional) complementa una interpretación y profundizando la protección demandada, más allá aún está la comunicación no siempre está exenta de conflictos pues puede ir variando de sentido a partir del cuestionamiento razonado que se realice a una determinada interpretación, dando lugar inclusive a que el

---

<sup>13</sup> Luis Jimena Quesada: “Control de convencionalidad ...”, op. cit., p. 138.

<sup>14</sup> Luis Jimena Quesada: “El diálogo ...”, op. cit., p.49.

<sup>15</sup> Op. cit. supra, p. 137.

<sup>16</sup> Luis López Guerra: “El diálogo ...”, op. cit., p. 141.

tribunal internacional modifique su posición inicial y su jurisprudencia frente a los fundamentos que se dan dentro de un “diálogo crítico” que genera algún tribunal estatal.

En el presente trabajo se pretende demostrar como las jurisdicciones estatales de Bolivia, Colombia y Perú, en la protección de los derechos estudiados (plazo razonable, juez natural, libertad de pensamiento-expresión y no discriminación-igualdad) han tenido como parámetros no solo el contenido de las normas de la CADH y otros tratados, sino también la interpretación que de ellas realizó la Corte IDH, lo que implica que se está generado un diálogo entre ambas jurisdicciones, que no se ha acabado con la simple recepción de razonamientos, sino que tuvo un mayor alcance; en ese escenario parecería quedar claro que el trabajo de la Corte IDH con relación a tribunales estatales, concebiría un diálogo de tipo vertical elemento dinamizador que contribuye a la creación de un derecho americano de los derechos humanos. Asimismo se trata de determinar si existe una interrelación de tipo horizontal entre tribunales internacionales de protección regional como son la Corte IDH y el TEDH; tampoco está exento de análisis el alcance de la recepción del derecho europeo de los derechos humanos por un tribunal estatal de ese continente como es el Tribunal Constitucional Español. Todo ese estudio contribuirá a fijar si se está o no transitando hacia un estado embrionario de un derecho global de los derechos humanos, que de haber una respuesta afirmativa dará lugar a otras investigaciones que sean completadas con lo que se dice en el seno de la ONU y de otros instrumentos regionales, cosa que excede a lo estudiado.

Sea vertical (tribunales internacionales con tribunales estatales) u horizontal (tribunales internacionales entre sí) parecería ser indudable que en la actualidad se está generando un diálogo y comunicación entre tribunales, como está siendo constatado en la actualidad por prestigiosos doctrinarios<sup>17</sup>, quienes

---

<sup>17</sup> Por ejemplo:

- Alexandre H. Català i Bas: *La recepción de la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1999).
- Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional* (2001).
- Giuseppe de Vergottini: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* (2010).

con diversas ópticas vienen analizando: “en qué consiste tal diálogo (que) es algo que no queda siempre claramente reflejado”<sup>18</sup>; lo que si debe quedar claro es que con el estudio de las comunicaciones, interrelaciones y diálogo que se producen entre la jurisdicción estatal e internacional, no se pretende: “multiplicar la “guerra de cortes”, sino de reducirla, de aspirar a paliarla y, en suma, de generar sinergias y convergencias interpretativas y aplicativas entre todas esas jurisdicciones (ordinarias, constitucionales y supranacionales)”<sup>19</sup>.

Finalmente es necesario dejar señalado que el: “diálogo constituye un desafío que ... se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, (que) puede ... aminorar, las disfunciones

---

- Víctor Bazán: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2010).

- Luis Jimena Quesada: “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del Control de Convencionalidad” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2010).

- Giuseppe de Vergottini: “El diálogo entre Tribunales”, *Teoría y Realidad Constitucional* (2011).

- Javier García Roca: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo” en *Teoría y Realidad Constitucional* (2012).

- Rafael Bustos Gilbert: “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales” en *Revista Española de Derecho Constitucional* (2012).

- Luis López Guerra: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y Divergencias” en *Teoría y realidad constitucional* (2013).

- Humberto Nogueira Alcalá: “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2013).

- Miguel Carbonell: “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial” en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (2013).

- Luis Jimena Quesada: “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial” en *La eficacia de los derechos fundamentales en la UE* (2014).

- *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2014); entre otros.

<sup>18</sup> Como entiende Giuseppe de Vergottini: “El diálogo entre Tribunales” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011, pp. 335-352, p. 345, estudioso que considera que en los últimos tiempos por la superación de barreras ideológicas se está produciendo un acercamiento de los países, moviéndonos: “en el marco de un espacio cultural común que conduce a la homologación de la jurisprudencia constitucional e internacional” (p. 346), sin embargo no toda comunicación debe entenderse como diálogo, tal por ejemplo: “las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo ... (donde no se constata un diálogo sino) ... la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio” (p. 349), tampoco existe diálogo cuando se está frente al recurso de comparación que pueden realizar los tribunales estatales o internacionales (354), solo se estaría frente a un verdadero diálogo cuando: “en las relaciones entre los tribunales convencionales y los estatales resulta posible extraer la vigencia de un principio fundamental de colaboración que implica una constante interacción que permitiría hablar propiamente de diálogo” (p. 349).

<sup>19</sup> Luis Jimena Quesada: “El diálogo ...”, op. cit., p. 68.

susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho”<sup>20</sup>, que se dan entre la norma nacional propia del derecho constitucional con relación a la norma internacional que emerge del derecho internacional, de ahí que la constitucionalización del derecho internacional americano y la internacionalización o americanización del derecho constitucional de cada Estado, son la prenda de garantía que sirve para asegurar la defensa y protección de los derechos humanos, en la implantación como en la existencia de un pretendido y verdadero Estado social y democrático de Derecho.

oooooooooooo

Antes de presentar el contenido del presente trabajo, no puedo menos que expresar y hacer público mi agradecimiento y respeto al Prof. Alexandre H. Català i Bas, quien con paciencia sabiduría y extremo rigor científico supo darme consejos apropiados, facilitándome la bibliografía que fue necesaria, acompañándome durante estos años, tanto en la elaboración del trabajo de investigación como durante mi estancia de investigación en la Universidad de Valencia y ahora en la presentación de esta tesis que no hubiera llegado a su fin, si no hubiera contado con el impulso que en todo momento me brindó, levantándome el ánimo en momentos de flaqueza. Por el apoyo incondicional que he recibido siempre, por la ilusión que le produce este trabajo al continuar la línea de investigación que abrió con su tesis doctoral, mi más sincera gratitud al profesor y amigo Alexandre H. Català i Bas. Asimismo expreso mi agradecimiento al Prof. Dr. Carlos Flores Juberías, Coordinador del Programa de Doctorado de la Universidad de Valencia - España, quién con absoluto desinterés supo apostar por un proyecto académico que salía de las fronteras físicas de la Universidad de Valencia, llegando a Bolivia para organizar un programa con excelencia académica, que en reconocimiento a su valioso trabajo le hizo merecedor al título de Prof. *Honoris Causa* de San Francisco Xavier. Ese sentimiento lo hago extensible a todos los profesores que participaron en el programa de doctorado impartido en Sucre. También agradezco a la Universidad de Valencia de España por haberme otorgado una beca para la realización de una

---

<sup>20</sup> Op cit. supra, p. 69.

estancia de investigación en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Facultad de Derecho de Valencia, así como a la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, porque ambas Universidades me han dado la oportunidad de cumplir una gran ilusión y realizar un proyecto en una materia que me apasiona.

En lo personal, no puedo dejar de agradecer a Dios y a mis padres que me han dado un ejemplo de vida y de formación, a mi esposo y a mis hijos por apoyarme y comprender que el tiempo que durante estos años no he podido brindarles ha estado destinado apoyar un sueño, a mis hermanas quienes fueron un verdadero apoyo moral y físico. A todos ellos dedico el presente trabajo.

---





## **DELIMITACIÓN DEL OBJETO, FUENTES Y METODOLOGÍA**

---

El objeto inicial en la elaboración de este trabajo estuvo centrado en determinar si se produjo un “diálogo vertical” entre la jurisdicción internacional y estatal, es decir desentrañar si la jurisprudencia de la Corte IDH en los derechos analizados, estaba o no siendo asumida por los tribunales constitucionales de los países elegidos para realizar la investigación que son Bolivia, Colombia y Perú.

Durante la elaboración del estudio se pudo constatar que los razonamientos de la Corte IDH no solo eran acogidos (con diversas tonalidades) por los tribunales estatales sino que más allá aun, se evidenció que las

interpretaciones que realizó la Corte IDH en muchos casos partieron del razonamiento que tuvo el TEDH; en ese nuevo escenario se amplió el objeto de estudio, incluyéndose un último capítulo que también estuvo expresamente destinado a desentrañar el alcance del “diálogo horizontal” y de la comunicación que se va produciendo entre tribunales internacionales en una doble vía, a través de los razonamientos del TEDH acogidos expresa e implícitamente por la Corte IDH, como las interpretaciones que realizó la Corte IDH y que han sido consideradas por el TEDH.

Siendo parte de estudio la jurisprudencia del TEDH, no podría haberse continuado en la elaboración del trabajo sin analizar como objeto del mismo la jurisprudencia de algún país europeo, eligiéndose al efecto las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional de España, a fin de comprobar si se produjo o no un diálogo con el TEDH y el alcance de esa comunicación convencional.

El contenido del trabajo tiene por objeto no solo establecer el alcance de la comunicación jurisdiccional internacional (Corte IDH y TEDH) y estatal (Perú, Colombia y Bolivia en América, España en Europa) en cuanto se refiere a la interpretación y protección de los derechos humanos, sino también está encaminado a determinar si se está o no creando un derecho americano de los derechos humanos y si se está empezando a transitar o no sobre un derecho global de los derechos humanos.

A tiempo de realizar el trabajo, era necesario proceder a una delimitación del campo de investigación en cuanto a los órganos jurisdiccionales internacionales y estatales escogidos para estudiar, así como en relación a los derechos a ser analizados.

En el caso americano no existió mayor duda en seleccionar la jurisprudencia de la Corte IDH por ser el tribunal internacional del Sistema de Protección Americano que con mayor realce vino realizando una encomiable y noble labor en pro de la protección de los derechos humanos. Tratándose de los órganos jurisdiccionales estatales, se escogió para trabajar a la Corte Constitucional de Colombia, así como el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, por ser intérpretes supremos de las Constituciones de países andinos que en alguna medida comparten el origen, por tanto algunas formas y costumbres aunque no están ajenos a las diferencias

de diversa naturaleza que se producen en su interior; en todo caso como Tribunales Constitucionales llevan la responsabilidad de determinar el: “fundamento constitucional que, en general, cada Estado necesita para participar en el proceso de integración”<sup>21</sup> y de protección de los derechos humanos, que se genera con mayor cabalidad a partir de un diálogo y comunicación de todos los órganos jurisdiccionales de protección (internacionales y estatales).

Tratándose del caso europeo, de la multiplicidad de instancias de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales (estatal, comunitaria y convencional) se eligió para trabajar la jurisprudencia del TEDH o Tribunal de Estrasburgo, derivada de la interpretación de la CEDH, por ser ese Tribunal el que en muchas ocasiones ha sido pionero en dar una interpretación de los derechos acogida por la Corte IDH. A su vez, tratándose de algún órgano jurisdiccional estatal europeo se seleccionó para este estudio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, por ser el máximo órgano de protección constitucional de un país europeo pero hispanoamericano, que comparte con el continente americano su origen y por tanto su historia.

Como excedía de las posibilidades reales del presente trabajo el estudiar la jurisprudencia de todos los órganos jurisdiccionales internacionales como estatales, asimismo sobrepasaba la realidad el pretender realizar construcciones jurisprudenciales de todos los derechos protegidos por Convenciones, tratados y demás normas jurídicas internacionales y estatales, se decidió analizar la jurisprudencia de la Corte IDH que desarrollaba de manera relativamente completa los diversos tópicos que componen la construcción de algunos derechos, entre ellos el referido al derecho a un plazo razonable, derecho a un juez natural, derecho a la libertad de pensamiento-expresión y derecho a la no discriminación e igualdad. Asimismo, se seleccionó estos derechos para trabajar por haberse constatado previamente que los tribunales estatales americanos como el de Perú, Bolivia y Colombia también han realizado un interesante e importante desarrollo jurisprudencial sobre los mismos, acogiendo de manera expresa o implícita la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir de esa interrelación se busco desentrañar si sobre esos mismos derechos se generó o no un diálogo con otro tribunal internacional, como es el TEDH, así como la recepción o no de la

---

<sup>21</sup> Gil Carlos Rodríguez Iglesias y otro: “El derecho comunitario ...”, op. cit., p. 351.

interpretación de dichos derechos analizados, por un tribunal estatal europeo como es el Tribunal Constitucional de España.

En cuanto al sistema de fuentes que se utilizó en la elaboración de este trabajo, se evidencia que las mismas son de tres naturalezas: normativa, jurisprudencial y doctrinal. Tratándose del ordenamiento jurídico, se consideró las normas de protección de los derechos humanos de carácter internacional americano, tal la: Carta de la OEA, DADH, CADH, el Protocolo de San Salvador, la Convención de Belém do Pará y otros tratados, así como el Estatuto y Reglamento tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH; a su vez, se tuvo en cuenta la regulación normativa universal y europea, como: la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, el CEDH, el Protocolo núm. 11 y otros. A nivel estatal se consideró las regulaciones normativas de los derechos estudiados, a partir del contenido de las Constituciones Políticas de Bolivia, Colombia, Perú y España, asimismo se analizó diversidad de leyes que se aplican en cada uno de los países, por ejemplo en Colombia la Ley 288 de 1996, entre muchas otras y de los otros países.

El desarrollo de la jurisprudencia de los órganos internacionales y estatales, ha sido el centro del objeto del estudio, habiéndose analizado con mucho detenimiento, una considerable cantidad de fallos pronunciados por la Corte IDH en diversos tópicos referidos al cumplimiento de las sentencias, temas de fondo, reparaciones, al control de convencionalidad - seguimiento nacional, margen de apreciación nacional, todos y cada uno de los derechos estudiados (juez natural, igualdad, libertad de expresión, plazo razonable) y otros, etc.; asimismo se tuvo en cuenta la jurisprudencia que pronunció el TEDH en los derechos estudiados y dichos aspectos. La jurisprudencia estatal (Perú, Colombia, Bolivia y España), también ha merecido una especial atención en todos los derechos estudiados, llegando a señalar si el razonamiento efectuado ha sido asumido o no de manera implícita o expresa de lo dicho por un tribunal internacional.

Toda la construcción de ideas que han ido surgiendo del análisis jurisprudencial mencionado, vino apoyado por la posición doctrinal que en el tema han asumido innumerables doctrinarios y estudios del derecho constitucional e internacional, lo que respalda y le da mayor legitimidad a la investigación en las ideas que se van considerando y proponiendo al lector, siendo muchas las menciones durante el desarrollo de todo el trabajo, pero no extensas en su cita

textual, cuidándose la más estricta indicación de fuentes por rigurosidad académica y respeto intelectual.

La metodología que se utilizó durante el desarrollo del presente trabajo, ha consistido primero en elegir el derecho a ser estudiado, analizar la jurisprudencia que sobre ese derecho desarrolló la Corte IDH, fijando los tópicos que se han considerado más importantes en la interpretación internacional; posteriormente se realizó la revisión normativa y doctrinal correspondiente, que han ayudado a determinar alcance del derecho no solo en su formulación original, sino en los cambios que ha podido sufrir por la fuerza del tiempo, así como las interpretaciones que de esas regulaciones realizan no solo las autoridades jurisdiccionales sino también los estudiosos del derecho.

Una vez que se tuvo un panorama completo del derecho a ser analizado, con la revisión legal, doctrinal y jurisprudencial correspondiente, se ha buscado determinar el origen del razonamiento jurisprudencial, tratando de establecer si el mismo ha partido de tribunales internacionales de mayor edad como es el TEDH o no, también se ha indagado sobre las interpretaciones de la Corte IDH para determinar si acogió o no de manera expresa o implícita lo dicho por el TEDH, con cambios o no de entendimientos; a su vez se ha intentado establecer si la recepción de la jurisprudencia internacional por tribunales estatales ha sido automática o no, averiguando en qué medida los derechos consagrados en normas convencionales son de carácter mínimo y no máximo, para determinar si la interpretación de los derechos que realiza un tribunal internacional resulta ser un tope o no para el tribunal estatal, que puede o no efectuar una mayor y mejor protección del ser humano.

Fijado como ha sido el objeto de estudio, la delimitación del campo de la investigación, las fuentes y la metodología empleada, es necesario recordar que la realidad en la que se aplica una determinada regulación (internacional o estatal) no es estática, al contrario está sujeta a variaciones y cambios frente a nuevos retos como a necesidades que demandan protección y obligan a construir nuevas interpretaciones y entendimientos tanto por el tribunal internacional como por el estatal; de ahí que en el presente trabajo se puede vislumbrar como la jurisprudencia que sobre algún derecho estudiado ha sido desarrollada por los tribunales internacionales (Corte IDH y TEDH), ha sido aplicada por los estatales (Colombia, Perú, Bolivia y España), aunque no siempre de manera absoluta, al

contrario en las relaciones y diálogo entre los tribunales se han ido produciendo matizaciones, a partir del reconocimiento de las normas convencionales que si bien cuentan con un estándar común esto no impide a que existan normas constitucionales e inclusive interpretaciones estatales y aún internacionales que contribuyan a complementar y mejorar la protección de los derechos humanos.

A partir de lo dicho en este trabajo, se puede afirmar que se va produciendo un diálogo entre tribunales estatales e internacionales, concluyéndose que estamos asistiendo a la creación de un derecho americano de los derechos humanos, que trasciende de los ámbitos regionales para convertirse en global; sin embargo téngase en cuenta que esa aseveración tampoco puede asumírsela como una de carácter absoluto, pues para eso tendría que analizarse todos los instrumentos de protección universal, todos los derechos cuya protección se demanda por todas las personas, todas las interpretaciones de derechos que realicen autoridades jurisdiccionales de los niveles estatal e internacional del mundo, aspectos que desbordan los límites del presente trabajo y queda como tarea de futuras investigaciones que se podrían emprender.

# **CAPÍTULO I**

## **DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTALES.**

### **INTERNACIONALIZACIÓN**

#### **I.1. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA**

Muchos han sido los términos que a lo largo de la historia se han desarrollado para referirse al alcance de los derechos humanos, así unos denominaron como derechos del hombre, otros derechos de la persona humana, no faltaron quienes se redujeron a la consideración de derechos naturales, también derechos fundamentales, una gran corriente como derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, o libertades públicas, derechos individuales, o se los consideró como derechos innatos, derechos morales, no faltaron quienes los señalaron como derechos constitucionales.

No es objeto del presente trabajo determinar las diferencias o los puntos de encuentro que podrían tener las denominaciones señaladas en diversos momentos históricos, sino tratar de entender la significación actual de la terminología, partiendo del origen o como se ha concebido a los derechos humanos de inicio.

Antonio Enrique Perez Luño, que el: “concepto de derechos humanos tiene como antecedente inmediato la noción de los derechos naturales en su

elaboración doctrinal por el iusnaturalismo racionalista”<sup>22</sup>, o lo que es lo mismo, los derechos naturales se constituirían en la génesis de los derechos humanos, que resultarían como una prolongación de aquellos; derecho natural que implicaría facultades que les corresponden a los hombres, por el solo hecho de serlos o derechos del hombre en el estado de naturaleza, vinculados a la propia persona, como los referentes a la vida, al pensamiento, a la conciencia, a la seguridad jurídica, derechos que al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles<sup>23</sup>.

Para los iusnaturalistas, la existencia de un sistema jurídico previo y superior al positivo, implica que un proceso de positivización de los derechos humanos (cuya base son los derechos naturales) tiene un carácter simplemente declarativo (tesis iusnaturalista, planos ético-moral y filosófico); o los derechos humanos (cuya cuna está en los derechos naturales) son: “supra positivos y no son concedidos graciosamente por el estado, quién solo se limita a su reconocimiento”, como entiende Bidart Campos<sup>24</sup>.

La positivización de los derechos humanos tiene carácter constitutivo, porque deja de lado la idea del simple reconocimiento formal por parte del Estado y se convierte en una exigencia necesaria para su existencia, así como de las garantías para su protección (tesis positivistas, plano jurídico), juegan un papel trascendental las normas jurídicas positivamente establecidas, como la juridicidad que de ellas emana; por ello se manifestó que cuando: “determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico”<sup>25</sup>, o lo que es lo mismo, los derechos humanos una vez que han sido positivizados en constituciones estatales, devienen en derechos fundamentales<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (5ta. Edición, 1995), 10ma. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 39.

<sup>23</sup> Como se entiende por el reduccionismo iusnaturalista moderno, referido por Gregorio Peces-Barba Martínez. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Ed. Eudema S.A., Madrid, 1991, p. 37.

<sup>24</sup> Germán Bidart Campos y Walter Carnota: *Derecho Constitucional Comparado*. T. II, Ed. Ediar, Argentina, 2000, p. 9.

<sup>25</sup> Gregorio Robles: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas S.A., 1997, Madrid, p. 20.

<sup>26</sup> Esta línea asume gran parte de la doctrina, tal en los trabajos realizados por J. Messener, F. Müller, entre otros, citados por Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos ...*, op. cit. p. 31.



El término “derechos humanos”, aparece como: “un concepto de contornos más amplios e imprecisos”, como entiende Antonio E. Perez Luño<sup>27</sup>, a su vez, el mismo autor señala que “derechos fundamentales”, son aquellos que: “poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”<sup>28</sup>, o como señala Peces-Barba Martínez, derechos fundamentales, resulta ser un término más preciso: “que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone”<sup>29</sup>.

Si bien ambos autores coinciden en las apreciaciones de amplitud y ambigüedad de los derechos humanos, frente a una mayor precisión que caracteriza a los derechos fundamentales, dichas apreciaciones tienen ciertas diferencias, así Perez Luño reservó el término de “derechos humanos” para la moralidad y “derechos fundamentales” para la juridicidad, aspecto que fue criticado Peces Barba-Martínez que consideró que: “Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”<sup>30</sup>, es decir que los derechos fundamentales comprenderían presupuestos ético-morales, pero también alcanza a componentes jurídicos.

Desde el punto de vista de las fuentes de producción, hay una corriente doctrinal que explica el alcance de las expresiones derechos fundamentales, como derechos humanos, así se entiende que se reserva el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivizados a nivel interno en su normativa constitucional, con fuente de producción en el legislador constituyente; a su vez, se reserva el término de “derechos humanos” para referirse al conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico concretan las exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas, las que deben ser reconocidas a nivel nacional e internacional a través de declaraciones y convenciones internacionales, siendo la fuente de producción

---

<sup>27</sup> Antonio Enrique Perez Luño: *Los derechos fundamentales*, 6ta. Edición, Ed. Tecnos, 1995, Madrid, p. 46.

<sup>28</sup> Op. cit. supra, p. 47.

<sup>29</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez: *Curso ...*, op. cit., 1991, p. 33.

<sup>30</sup> Op. cit. supra.

las acciones de diversos Estados que funcionan a través de organismos internacionales<sup>31</sup>.

Sobre la base de todas esas apreciaciones doctrinales, se puede concluir que en tiempos actuales<sup>32</sup>, se entiende que son “derechos humanos” aquellos que se sustentan en la dignidad humana, libertad e igualdad, que en su más amplia gama se encuentra positivizados en ordenamientos jurídicos mayores y que abarcan los del contexto internacional; a su vez, son “derechos fundamentales”, los que formando parte de las normas internacionales, son específicamente positivizados en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados y que se encuentra consagrados en las Constituciones Políticas de los diferentes Estados, las que a su vez su nutren y se complementan con otras normas del contexto internacional.

### I.1.1 Concepto de derechos fundamentales

La aproximación terminológica realizada, en base a diversas corrientes doctrinales, permiten dar las bases para asumir un concepto más cabal de lo que se entiende por derechos fundamentales.

Una definición teórica, formal y estructural de los derechos fundamentales, ha sido desarrollada por Luigi Ferrajoli, quién considera que “derechos fundamentales” son: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status*<sup>33</sup> de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”<sup>34</sup>; se completa la idea cuando se expresa que tienen: “su título inmediato en la ley, en el sentido de

---

<sup>31</sup> En ese sentido se han expresado: Antonio Enrique Perez Luño: *Los derechos ...*, op. cit., p. 44 y 46; Willman Ruperto Durán Ribera: *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Ed. El País, 2003, Santa Cruz- Bolivia, p. 30.

<sup>32</sup> Como consecuencia del fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos.

<sup>33</sup> *Status*, entendido como aquella condición de un sujeto, prevista por una norma positiva, que resulta ser presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

<sup>34</sup> Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ta. Edición, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2009, p. 37.

que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”<sup>35</sup>.

A partir de lo manifestado, se tiene que para que existan derechos fundamentales, se precisa una norma jurídica positiva que los consagre, que generalmente es una norma de carácter constitucional, de la que se desprende los derechos -fundamentales- que tienen una doble naturaleza, por una parte se constituyen en “derechos subjetivos” referidos y por otra “principios objetivos”.

Los derechos subjetivos generan obligaciones negativas o de abstención al Estado, lo que implica la facultad que tiene de toda persona, de exigir al poder público el respeto, resguardo y observancia de sus derechos; en caso de menoscabo o lesión de los derechos, el titular a través de las garantías constitucionales, podrá presentarse ante el órgano jurisdiccional competente, a través de las acciones correspondientes, exigiendo la protección de sus derechos. A su vez, los derechos subjetivos generan también obligaciones positivas al Estado, como facultad que tienen las personas de exigir al Estado las condiciones económicas necesarias para que puedan gozar de sus derechos programáticos<sup>36</sup>.

Los principios objetivos del orden constitucional, son aquellos que están: “legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia humana propicio para el desarrollo de la personalidad”<sup>37</sup>, o lo que es lo mismo, son aquellos que: “poseen una significación objetiva que se materializa en directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos; por tanto generan obligaciones positivas para el Estado”<sup>38</sup>; es decir, a través de los principios objetivos, el Estado asume la obligación, de crear las condiciones materiales necesarias, para que el ser humano pueda disfrutar de sus derechos en adecuadas condiciones de convivencia social, al efecto limitándose la acción de los órganos del Estado a los mandatos normativos, partiendo de los constitucionales, para evitar un ejercicio abusivo del poder público.

Esta doble naturaleza de los derechos subjetivos y principios objetivos de los derechos fundamentales, implican a su vez una doble función, así: “en el

---

<sup>35</sup> Op. cit. supra, p. 49.

<sup>36</sup> Los derechos programáticos, también denominados como prestacionales, mandan directrices de acción a los poderes constituidos, a fin de que efectivicen derechos que para su disfrute, exigen que con carácter previo se creen las condiciones económicas necesarias para su vigencia, como por ejemplo el derecho a la salud, etc.

<sup>37</sup> Willman Ruperto Durán Ribera: *Las líneas ...*, op. cit. supra, p. 31.

<sup>38</sup> José Antonio Rivera Santivañez: “El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano” en *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009, p. 19

plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido, debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados<sup>39</sup>; lo que implica que las instituciones del poder público del Estado, de manera objetiva, deben asegurar que los derechos fundamentales (contenidos en la CPE), como derechos subjetivos de todos los individuos como de grupos de personas, se efectivicen en la realidad, solo así tendrán vigencia los valores y fines constitucionalmente declarados.

Los titulares de los derechos fundamentales -entendidos como derechos subjetivos-, no solo lo son de los derechos civiles y políticos clásicos (constitucionalismo liberal), sino también de otros con contenido social, económico y cultural (constitucionalismo social)<sup>40</sup>, avanzándose con la consagración de los derechos colectivos o de los pueblos (constitucionalismo pluralista)<sup>41</sup>; además de la consagración de garantías constitucionales para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. A la luz de catálogos de derechos fundamentales, contenidos en Constituciones estatales, Richard Eddy Cardozo Daza expresó que: “dicho catálogo rebasa la dimensión subjetiva que subyace en el concepto de Ferrajoli, ya que los derechos y garantías ... no solo son expectativas positivas ... o negativas ... sino, además a unas determinadas colectividades bajo el rótulo de derechos colectivos”<sup>42</sup>; de donde se tiene que los derechos fundamentales resultan ser reivindicaciones, no solo de personas individuales (derechos liberales) o determinados grupos sociales (derechos sociales), sino también son producto de reivindicaciones de grandes colectividades (derechos colectivos).

---

<sup>39</sup> Como señala Pérez Luño, citado por Rubén Hernández Valle: *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima Perú, 2006, p. 30 *in fine* y 31.

<sup>40</sup> Son los típicos derechos prestacionales o programáticos, que crean obligaciones positivas para el Estado, de dar y hacer (no solo de abstención, como se caracteriza en la época de las libertades públicas).

<sup>41</sup> Raquel Irigoyen, hace referencia que dentro de los constitucionalismos un ciclo estaría referido al liberal, otro social y el tercer ciclo estaría dado por el de tipo pluralista, donde ya se habla de la interculturalidad y de la plurinacionalidad; autora ha sido citada por Farith Rojas Tudela: “Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas” en *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Ed. CACH-Fundación Tribuna Constitucional, Sucre, 2012, p. 101.

<sup>42</sup> Richard Eddy Cardozo Daza: “Derechos y garantías en la Constitución boliviana” en *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009, p. 59.

Finalmente señalar que los derechos fundamentales en sentido subjetivo, cualquiera sea su naturaleza (civil, política, económica, social, cultural, colectiva u otra), se constituyen en facultades y atribuciones que tienen todos los habitantes de un determinado Estado, para exigir a las autoridades del poder público conductas negativas o actitudes positivas inherentes a la protección de todos sus derechos y satisfacción de todas sus necesidades; a su vez los derechos en sentido objetivo, se expresan como conjunto de normas jurídicas, contenidas de manera formal en el ordenamiento internacional y/o nacional (Constitución y demás disposiciones), que reconocen, declaran y consagran derechos fundamentales, cuya efectividad se asegura a través de las garantías establecidas en el mismo ordenamiento.

## **I.2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA SOBRE LOS DERECHOS**

Por naturaleza, el ser humano es un ser social, no puede concebirse de manera aislada<sup>43</sup> o al margen del desarrollo histórico o de la constante evolución y progreso que se da en todos los grupos humanos.

En las relaciones del hombre con sus semejantes, surgen intereses individuales que buscan satisfacciones personales, así como intereses colectivos que se encuentran vinculados con los deseos de las sociedades sobre una o varias situaciones determinadas; en el afán de satisfacer esos intereses, aparecen una serie de posiciones encontradas que hacen peligrar la paz de cada uno de los miembros y de toda la sociedad y para evitar esa pugna o para controlar y equilibrar los intereses de unos y otros, así como de todos en su conjunto, ha sido necesario establecer y fijar la existencia de normas que hagan posible una convivencia relativamente armónica en sociedad, normas que por su naturaleza vienen cargadas de valores y principios, que se expresan en las

---

<sup>43</sup> El hombre solo o en sí mismo no es objeto de normación jurídica, por ejemplo: la autolesión no es delito; asimismo, las acciones privadas de los hombres que no ofenden al orden o a la moral pública, ni perjudican a un tercero, están solo reservadas a Dios; como comenta Adolfo Alvarado Velloso: *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, T.I., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 26 *in fine*.

normas del derecho natural<sup>44</sup>, que se constituye en el: “fundamento necesario del derecho positivo”<sup>45</sup>, como conjunto de normas que prevén la vida en sociedad.

El derecho positivo regula los hechos del hombre, convirtiéndolos en situaciones jurídicas sometidos a un determinado orden jurídico, cualquiera que sea el sistema de derecho imperante, regulación que se encuentra determinada por una multiplicidad de factores naturales, históricos, sociales, políticos y económicos, que condicionan la actuación en sociedad; los derechos del hombre o del ser humano (que devienen del derecho natural), cualquiera que sea, entraña una serie de normas jurídicas, que persigue cumplir con el valor justicia o dar a cada uno (individuo) o a todos (grupo social) lo que es suyo o lo que le corresponde, en la búsqueda infatigable de la equidad para cada uno y para todos, inspirándose siempre en el propósito del bien común.

Ha sido la civilización humana, la que a través del desarrollo de la historia, ha permitido transformaciones y cambios (positivos y negativos), que han surgido primero por ideas políticas y que de una u otra manera, de acuerdo a las necesidades que han ido presentando, se han exteriorizado en el ámbito jurídico o derecho positivo interno de cada uno de los Estados, que de manera paulatina en las diversas Constituciones Políticas de los diversos Estados, han ido desarrollando los derechos del ser humano, derechos cuya configuración: “Dependerá de la concepción de cada estado, de su plexo valorativo, de su “techo ideológico”, de su “idea de derecho”, qué atribuciones del ser humano van a ser incorporadas al menú de derechos, y cuáles no”<sup>46</sup>.

Sobre la base de los derechos reconocidos en la Declaración de Virginia de 1775, como de la Declaración de Filadelfia de 1776 que consagraron los “derechos fundamentales” del hombre y de cada uno de los ciudadanos, se emitió la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, que: “constituye el primer catálogo de derechos fundamentales debidamente incorporado en un

---

<sup>44</sup> Entendido como el: “conjunto de normas jurídicas supremas, evidentes, universales, intrínsecamente justas y válidas, cognoscibles por la luz de la razón natural y congruentes con la cabal naturaleza humana que regulan y limitan la libre actividad de los particulares, para la consecución armónica de los fines individuales y comunitarios”, como entiende A. Basave, señalado por Gricelda Nieva Sotelo: “¿Un Innovador Proceso Integrador del Pluralismo Jurídico existente en Bolivia? Ética Jurídica e Interculturalidad” en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2008, p. 139.

<sup>45</sup> Como expresa Cathrein, referido por Gricelda Nieva Sotelo: “¿Un ... op. cit. supra, p. 140.

<sup>46</sup> Germán Bidart Campos y otro: *Derecho Constitucional ...*, op. cit., p. 8.

texto constitucional, con todas las consecuencias jurídicas y políticas que ello implica<sup>47</sup>.

En esa misma época, pero al otro lado del mundo, se van desarrollando las bases ideológicas en las que se fundamentó la Revolución Francesa de 1789<sup>48</sup>, que se sustentó en la libertad, igualdad y fraternidad, adoptándose el principio de la “legalidad”, pues: “ ... se concede primacía absoluta a la fuente legal de derecho...”<sup>49</sup>, o lo que es lo mismo -como emergencia de la corriente del positivismo jurídico-, el derecho positivo se agota en la ley; se estructura un sistema jurídico en el que tiene primacía la libertad frente a la igualdad, el ser humano como ente individual frente al mismo como ser social, dando lugar al desarrollo de los derechos civiles y políticos, que se expresan en las Constituciones Francesas de 1791 y 1793, que consagran los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (constitucionalismo liberal).

A través del desarrollo histórico del siglo XIX: “los derechos naturales se fueron incorporando, poco a poco, en los textos constitucionales, con lo cual adquirieron el grado de normas jurídicas positivas ... la enunciación de derechos se integro con otras normas”<sup>50</sup>; en el curso de este siglo, los derechos fundamentales que se van positivizando en las Constituciones de cada uno de los Estados, tienen una marcada influencia de la época del constitucionalismo liberal o clásico, regulándose una serie de artículos referidos a los derechos de naturaleza civil, tal la libertad, seguridad, propiedad, libertad de expresión sin censura, libertad de locomoción, inviolabilidad de domicilio, etc.<sup>51</sup>.

En el contexto internacional, la Constitución de México de 1917, puede ser considerada como el primer instrumento constitucional que intenta conciliar: “los derechos de libertad con los derechos sociales, superando dos polos opuestos del individualismo y del colectivismo”<sup>52</sup>; sin embargo, el texto constitucional más

---

<sup>47</sup> Rubén Hernández Valle: *Derechos ...*, op. cit. p. 34.

<sup>48</sup> En el siglo XVIII, el Primer Estado (Rey y aristocracia) y el Segundo Estado (clero), son vencidos por el Tercer Estado (integrado por la burguesía: industriales, clase media alta, comerciantes y profesionales), a más del Cuarto Estado (obreros, empleados y campesinos).

<sup>49</sup> Diego Eduardo López Medina: “La Jurisprudencia como Fuente del Derecho”. *Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Ed. IJB, Sucre, Bolivia, p. 7.

<sup>50</sup> Op. cit. supra.

<sup>51</sup> Tratándose del caso boliviano, la primera Constitución Política de 1826 regula esos derechos en los arts. 149, 150, 151 y 152, lamentablemente y seguramente por una mala traducción del francés al español, se llamó “garantías” a los derechos fundamentales.

<sup>52</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: *Los derechos fundamentales ...*, op. cit., p. 39.

importante, que refleja el tránsito del Estado liberal al Estado social de derechos, es la Constitución germana de Weimar de 1919, que regula los derechos y deberes fundamentales de los alemanes, reconociéndose junto a las libertades individuales tradicionales, los derechos sociales, referidos a la familia, educación y trabajo (constitucionalismo social).

Luego de la catástrofe que se produjo como consecuencia de la primera guerra mundial, ha sido la comunidad internacional la que ha ido regulando la protección de los “derechos humanos”, a través de los instrumentos normativos de carácter internacional, dándose: “...los primeros pasos para la protección de los derechos, por esa época empiezan a suscribirse convenciones sobre temas como la esclavitud, el asilo, etc.; y con la finalidad de armonizarla ... se estableció la Sociedad o Liga de Naciones, considerada como primer antecedente de las Naciones Unidas”<sup>53</sup>, con las convenciones se buscaba la protección a nivel internacional de minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, aunque la Sociedad - constituida en el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919-, que no tuvo el resultado ni la aplicación que se esperaba.

Tuvo que suceder la segunda tragedia mundial y las lamentables consecuencias de ese conflicto bélico, para que los diferentes Estados unieran esfuerzos en defensa y en pro de los “derechos humanos”, constituyéndose así la Organización de las Naciones Unidas, aprobándose la Carta de las Naciones Unidas, el 25 de junio de 1945 en San Francisco, Carta que al contener normas referidas a los derechos humanos<sup>54</sup>, es la que dio inicio a la internacionalización de los mismos, constituyéndose en el primer documento que consagra la universalidad de las prerrogativas del ser humano, en lo que corresponde a sus derechos inherentes a su propia naturaleza; posteriormente otro instrumento: la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que junto a la referida Carta, como otros instrumentos internacionales, tal el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, así como el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>53</sup> Susana Ynes Castañeda Otsu: “Jurisdicción Supranacional” en *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, Perú, 2003, p. 484.

<sup>54</sup> El Art. 1 inc. 3º establece: “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: ... estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...”; art 13 inc. 1 b) “La Asamblea General ... ayudar hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos...”; en igual sentido, en los arts. 62 y 68 se expresó que el Consejo Económico y Social deberán promover el respeto por los derechos humanos.



Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966; entre muchísimos otros (constitucionalismo liberal y social).

Como consecuencia de las exigencias de colectivos humanos que han estado en desventaja y opresión, la comunidad internacional (antes que las normas internas de cada uno de los Estados) se preocupó por protegerlos, reivindicando nacionalidades y grupos étnicos-culturales, emitiendo el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1987 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (constitucionalismo pluralista). Todos estos hechos propios del Siglo XX y XXI, dan el mérito de haber concretado una aspiración de todos, que es contar con fórmulas universales jurídico-políticas sobre el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos-fundamentales.

Solo el derecho positivo, sea que devenga del orden interno de un Estado, o de disposiciones internacionales que tengan carácter obligatorio dentro de un determinado Estado, puede ser exigido por los destinatarios y protegido por las autoridades jurisdiccionales, es que: "... los derechos fundamentales necesitan del Estado para adquirir carta de naturaleza, en otras palabras, para convertirse en derecho positivo"<sup>55</sup>; esa regulación positiva interna de cada uno de los Estados, como del Sistema Internacional (universal y regional) -que responden al derecho natural- ha ido desarrollándose a través de la de la evolución historia de la humanidad, con la finalidad de lograr en todos los tiempos, una relación armónica de quienes han vivido y viven en sociedad.

### **I.2.1 Internacionalización de los derechos**

Un principio general del Derecho Internacional, fue que no se podía penetrar en las soberanías de los Estados, pues eran inmutables a las violaciones de los derechos humanos, ya que de otra manera existiría una intervención e injerencia en los asuntos internos y externos de los Estados; en esas circunstancias, de darse violaciones, tendrían que contemplarse las mismas, pues

---

<sup>55</sup> Alexandre H. Català I Bas: *La (in)tolerancia en el estado de derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional*, Ed. R.G.D., Valencia, 2002.

por una soberanía absoluta, no había posibilidades de intervenir para evitar atrocidades, en las que era claro el desconocimiento y la falta de respeto a los derechos humanos. La historia de la humanidad, evidencia como frente a grandes tragedias, recién ha ido cediendo espacios esa doctrina de una soberanía infranqueable, habiéndose superado con muchos esfuerzos las fronteras nacionales, en aras y en protección de los derechos humanos.

La internacionalización de los derechos humanos resulta ser un proceso que llevan a cabo los estados a fin de lograr la protección de los derechos humanos fuera de los mismos estados<sup>56</sup>. Este proceso de internacionalización se justifica porque la historia ha demostrado que violaciones masivas a los derechos humanos, irían incrementado si es que no existiera una acción internacional conjunta de diferentes Estados agrupados y organizados, además, mal podría permanecer tranquila la conciencia de los ciudadanos del mundo, si es que frente a agresiones a los derechos humanos, no se hiciera nada a un nivel y en un contexto internacional; por eso es que la defensa a los derechos humanos es conjunta y debe prevalecer frente a cualquier discriminación y justificación que de ella se haga, a través de la doctrina de la soberanía absoluta u otra.

En consecuencia, los Estados han cedido clásicos espacios de su competencia, a favor de una defensa internacional de los derechos humanos, fortaleciéndose el denominado derecho internacional de los derechos humanos, que busca la protección del orden público internacional, por estar todos los Estados frente a valores comunes y que son superiores, mismos que no se pueden desconocer por ser verdaderamente fundamentales para cada ser humanos.

En ese escenario, lo que se busca es que haya: “un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.”<sup>57</sup>, regulación a partir de la cual se establece la necesidad de que exista la posibilidad de que cada ser humano pueda acceder a la justicia internacional demandando la protección de sus derechos, una manera que existe para vencer la: “*razón de humanidad* sobre

---

<sup>56</sup> Juan Antonio Travieso: *Historia de ...*, op. cit., p. 235.

<sup>57</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “La ampliación del contenido material del *Ius Cogens*”, conferencia expuesta en el XXXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (on line en: <http://www.oas.org.pdf>), p. 14.

la razón de Estado, a inspirar el proceso histórico de *humanización* del Derecho Internacional<sup>58</sup>.

Los esfuerzos de todos los países por crear un sistema internacional de tutela de los derechos humanos, atravesaron distintas etapas, que hacen al desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos, agrupadas así: aprobación de instrumentos de carácter declarativo, aprobación de numerosos tratados sobre derechos humanos, creación de organismos y mecanismos de protección de derechos humanos y desarrollo de las instancias jurisdiccionales supranacionales.

### **I.2.1.1 Primera etapa**

Dentro de las etapas de referencia, la primera se ha caracterizado por la aprobación de instrumentos de carácter declarativo, se tiene a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de 1948 y la DUDH, aprobada el 10 de diciembre de 1948; ambos instrumentos jurídicos internacionales con gran fuerza moral, son la base sobre la que se viene desarrollando el derecho internacional de los derechos humanos, que a nivel internacional sustenta sus decisiones en estos instrumentos, además de ser la base para resolver los casos a nivel nacional o a interior de cada uno de los Estados.

### **I.2.1.2 Segunda etapa**

La segunda etapa se expresa en la aprobación de numerosos tratados sobre derechos humanos de alcance general, tales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor en 1976); en el ámbito americano, se tiene la CADH (suscrita en 22 de noviembre de 1969), que al contener solo una relación de derechos civiles y políticos, se complementó con un Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador (17 de noviembre de 1988).

---

<sup>58</sup> Op. cit. supra.

Además de Convenciones, que a diferencia de los Pactos (que intentan abarcar la totalidad de los Derechos Humanos) se refieren a un derecho o grupo de derechos relacionados entre sí<sup>59</sup>. Entre las Convenciones están: la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (9 de diciembre de 1948), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racional (21 de diciembre de 1965), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979), Convención Contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (10 de diciembre de 1984) y Convención sobre Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989); en el ámbito americano, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (9 de diciembre de 1985, en vigor desde el 28 de febrero de 1987), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (09 de junio de 1994, en vigencia desde el 5 de marzo de 1995), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas (09 de junio de 1994, en vigor desde el 26 de marzo de 1996) y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada en junio de 1999).

Todos estos instrumentos de carácter internacional (universal y regional), tienen como objeto y finalidad, la protección de los seres humanos, independientemente del Estado del que formen parte o de su nacionalidad, frente a su propio Estado como con relación a otros Estados que han suscrito esos tratados y convenciones.

### **I.2.1.3 Tercera etapa**

En los instrumentos internacionales, no sólo se regula los derechos sustantivos reconocidos a favor de los individuos, sino que también se establecen los organismos y los mecanismos que han de posibilitar la protección de esos derechos, momento en el que se tiene el ingreso a la tercera etapa de referencia; al efecto se tendrá en cuenta los alcances del Sistema Universal de Derechos Humanos, como del SIDH.

---

<sup>59</sup> Así entiende Susana Ynes Castañeda Otsu: "Jurisdicción ...", cit. págs.. 486, 487, 488 y 495.

En el Sistema Universal de los Derechos Humanos<sup>60</sup> o en el marco de las Naciones Unidas, existen dos tipos de procedimiento, por una parte están los *mecanismos convencionales*, surgen al amparo de un tratado que establece Comités integrados por expertos, que vienen a ser organismos cuasi jurisdiccionales que tienen a su cargo la supervisión del cumplimiento de las disposiciones del instrumentos internacional y la protección de los derechos, entre ellos: el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>61</sup> que en 2006, reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos<sup>62</sup>, el Comité la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño, etc.<sup>63</sup>; entre las importantes funciones de algunos de estos Comités esta recibir y tramitar quejas individuales, sobre eventuales violaciones de Derechos Humanos, señalando el correspondiente instrumentos internacional<sup>64</sup>.

Por otra parte, en el Sistema Universal de los Derechos Humanos, se tiene a los *mecanismos no convencionales* o extra convencionales, que son: “ ... aquellos no son creados directamente por tratados internacionales sino que se

---

<sup>60</sup> Se deja claramente establecido que, el objeto del presente trabajo, no es el estudio de los alcances del Sistema Universal de Derechos Humanos, razón por la que cualquier consideración del mismo, se realiza de manera referencial y no exhaustiva.

<sup>61</sup> <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=7128>. La creación del Consejo de Derechos Humanos, que será: “...responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa.”, forma parte de la reforma al sistema de las Naciones Unidas, propuesta originalmente por el Secretario General de la Organización, Kofi Annan, y enriquecida y aprobada por la Asamblea General de la ONU ... El Consejo está formado por 47 miembros - no reelegibles después de dos periodos consecutivos- electos por mayoría en votación directa e individual, que pueden ser retirados del cargo si durante su gestión cometen violaciones a los derechos humanos.

<sup>62</sup> Diario: *Le Monde* “*el Diapló*” *diplomatique*, ¿Reforma o continuidad en la ONU?, Año V, número 44, octubre 2006 p. 2. La Comisión de Derechos Humanos (establecida en el art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha sido criticada por su “politización”, lo que dio lugar a una reforma en la ONU, tan necesaria como solicitada hace mucho tiempo, innovación que se adoptó el 16 de mayo de 2006 por la casi unanimidad de los países miembros, aunque votaron en contra Estados Unidos, Israel, las Islas Marshall y Palau.

<sup>63</sup> Creados por la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, Convención Sobre los Derechos del Niño, respectivamente, etc.

<sup>64</sup> En la Página web elaborada por la Comisión Andina de Juristas (<http://www.cajpe.org.pe/>) en Red e Información Jurídica, Derechos Humanos, Mecanismos internacionales de Protección de los Derechos Humanos, Sistema Universal de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con relación a los Mecanismos Convencionales, se estableció que: “Para la realización de su función de control, las Convenciones establecen ciertos procedimientos ... son fundamentalmente parecidos y pueden ser divididos en cuatro categorías: informes periódicos, denuncias presentadas por las víctimas individualmente o en grupo, denuncias de violaciones cometidas presentadas por un Estado Parte e investigación de casos de violaciones generalizadas o sistemáticas”.

derivan de las competencias generales de la ONU en el ámbito de los derechos humanos<sup>65</sup>, se encuentra, la Comisión de Derechos Humanos, como organismo subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC)<sup>66</sup>, que tiene como función primordial ejercer el control sobre el cumplimiento de las normas previstas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Estados Partes. Todas estas instancias de mecanismos (convencionales y no convencionales) cuasi jurisdiccionales universales, tienen entre sus funciones elaborar las denominadas “observaciones” sobre la aplicación de un instrumento internacional con relación al que desarrollan sus actividades, sus observaciones son una especie de orientaciones y recomendaciones que se hace a todos los Estados.

El Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos<sup>67</sup>, se encuentra conformado por tres grandes subsistemas: el Sistema Regional Europeo<sup>68</sup>, luego el Sistema Regional Interamericano<sup>69</sup> y finalmente el Sistema

---

<sup>65</sup> Cit. Supra, ... Mecanismos no Convencionales.

<sup>66</sup> <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/ecosoc.htm>. El Consejo Económico y Social (ECOSOC) es el órgano que coordina la labor económica y social de las Naciones Unidas y de las instituciones y organismos especializados que conforman el sistema de las Naciones Unidas, está formado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General, con mandatos de tres años. ... Órganos Subsidiarios, llevan a cabo la labor permanente del ECOSOC y son una serie de comisiones y comités que se reúnen a intervalos regulares y presentan sus informes al Consejo, dicho mecanismo subsidiario está formado por nueve comisiones orgánicas, entre ellas Comisión de Derechos Humanos.

<sup>67</sup> La posibilidad de Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos, parte de la posibilidad establecida en el art. 52.1 de la Carta de las Naciones Unidas que establece: “Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacional y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”.

<sup>68</sup> El Sistema Regional Europeo, tendrá referencias en el presente trabajo, pero vinculadas únicamente a varias de las determinaciones asumidas por su órgano jurisdiccional que es el Tribunal de Estrasburgo, en la medida que el estudio no abarca toda la profundidad y amplitud que tiene ese sistema de protección regional. Sobre el SEDH es amplia la bibliografía, puede verse por todos los trabajos que se pasan a detallar y otros.

- Carlos Ruiz Miguel: “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Un estudio sobre las relaciones entre los Derechos nacional e internacional* (1997).

- Carlos Ruiz Miguel: “Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional Noticias de la Unión Europea”, *Revista* N° 120 (1995).

- Alexandre H. Català i Bas: *La (in)tolerancia en el estado de derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional* (2002).

- Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional* (2001).

- Louis-Edmond Pettiti: *La convention Européenne des droits de l'homme. Économica* (1999).

- Iñaki Lasarbaster Herrarte (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (2004).

- 
- Javier García Roca y Pablo Santaolaya (Coords.): "La Europa de los Derechos". *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos* (2009).
  - Luis Jimena Quesada: *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales* (2006).
  - Susana Sanz Caballero: "Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)" *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2004).
  - Susana Sanz Caballero: "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2011).
  - Pastor Ridruejo, J. A.: "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales" en *Revista española de derecho internacional* (2012).
  - <sup>69</sup> A este subsistema, se realizará una amplia mención y consideración, de todos y cada uno de los ámbitos en los que se trabaja, por ser su conocimiento y desenvolvimiento, uno de los principales objetivos del presente trabajo, máxime si se tiene en cuenta que Bolivia, Perú y Colombia, forman parte del mismo y el alcance de sus disposiciones y regulaciones, tiene injerencia estrecha y definitiva en el desarrollo de los sistemas jurídicos de dichos países en estudio. Sobre el SIDH la bibliografía también es amplia, puede verse -entre otros- en los trabajos de:
    - César Alfonso: "La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (2010).
    - Kai y otra Ambos: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional T. II* (2011).
    - Alejandro Aponte Cardona: "Desplazamiento forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno hacia una confluencia racional y consciente de diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional T. II* (2011).
    - Carlos M. Ayala Corao: "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Estudios Constitucionales* (2007).
    - Carlos M. Ayala Corao: "Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional". *Revista del Tribunal Constitucional* Nº 6 (2004).
    - Carlos M. Ayala Corao: "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*.
    - Ludovic Hennebel: *Les effets réciproques des décisions des juridictions régionales (Cours européennes. Cour interaméricaine) et des juridictions constitutionnelles nationales*. *Annuaire international de justice constitutionnelle* (2011).
    - Víctor Bazán: "Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2010).
    - Víctor Bazán: "Perspectivas actuales de los derechos humanos (especialmente sociales) y su desarrollo en el derecho y la jurisprudencia internas e interamericanas" en *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (2010).
    - Antonio Augusto Cançado Trindade: "El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional" en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2003).
    - Antonio Augusto Cançado Trindade: "La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González* (2012).
    - Antonio Augusto Cançado Trindade: "Derechos de solidaridad" en *Estudios Básicos de Derechos Humanos* (1994).
    - Antonio Augusto Cançado Trindade: "La ampliación del contenido material del *Ius Cogens*", conferencia expuesta en el XXXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.
    - Antonio Augusto Cançado Trindade: *Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la búsqueda de la realización del Ideal de la Justicia Internacional*,
    - Antonio Augusto Cançado Trindade y Lucius Caflisch: *Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général* *Revue generale de droit international public* (2004).

Regional Africano<sup>70</sup>. Dentro del SIDH merecen especial el órgano cuasi jurisdiccional, que no es otro que la CIDH que tiene entre sus principales funciones, la de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, además de la Corte IDH que como órgano jurisdiccional del Sistema<sup>71</sup>, también

---

- Antonio Augusto Cançado Trindade: "La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI" en *Revista IIDH* (2007).

- Antonio Augusto Cançado Trindade: Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos (votos en la Corte Interamericana de Derechos humanos 1991-2006) (2007).

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot: "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)" en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, (2013).

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)" en *Derecho Procesal Constitucional* (2003).

- Ramiro García Falconí: "Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Temas fundamentales de derecho procesal penal* (2011).

- Sergio García Ramírez: "El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". *Derecho Procesal Constitucional* (2001).

- Sergio García Ramírez: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte". *Seminario Internacional sobre la abolición de la pena Capital*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (2009).

- Diego García-Sayán: "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004* (2005).

- Felipe Gonzáles Morales: "La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (2008).

- Juan Carlos Hitters: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)". *Derecho Procesal Constitucional* (2001).

- Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (2010).

- Ezequiel Malarino: "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* T. II (2011).

- Claudio Nash R. y otros: "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". *Derechos humanos y juicio justo*.

- Claudio Nash: *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos* (2009).

- Humberto Nogueira Alcalá: "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2013.

- Andrée Viana Garcés: "Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias" en *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (2008).

<sup>70</sup> Por ser uno de desarrollo relativamente reciente, no se realizará mayor mención al mismo, a lo largo, del presente trabajo.

<sup>71</sup> No se realizará mayores menciones a estas instituciones, lo que será desarrollado con gran amplitud, en el capítulo siguiente del presente trabajo; sin embargo ya se deja sentado que la Comisión Interamericana, junto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son los órganos



tiene el encargo de otorgar la protección de los derechos de los individuos de los Estados partes de la OEA.

#### **I.2.1.4 Cuarta etapa**

Finalmente, a partir del conocimiento de los organismos convencionales y no convencionales, con funciones cuasi jurisdiccionales, es importante culminar la mención del desenvolvimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo mención a la cuarta etapa, que ya se refiere con mayor profundidad al desarrollo de las instancias jurisdiccionales supranacionales.

Dentro del Sistema Universal de los Derechos Humanos, el organismo jurisdiccional es la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya (Países Bajos), su Estatuto forma parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, pueden recurrir a la Corte todos los países que son partes en el Estatuto de la Corte y pueden ser partes en los casos que les sean sometidos, que incluye automáticamente a todos los Miembros de las Naciones Unidas<sup>72</sup>.

Dentro del Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos, como se manifestó que están los Sistemas Regional Europeo, Interamericano y Africano de los Derechos Humanos. A nivel Europeo, El TEDH o Tribunal de Estrasburgo, es el órgano jurisdiccional convencional que se ha destacado por la calidad de su doctrina y desarrollo que se logró en la protección de los derechos; en el ámbito americano, el órgano convencional jurisdiccional no es otro que la Corte IDH, creada por la CADH, viene a ser el órgano jurisdiccional por excelencia, que tiene una función contenciosa destinada a lograr la protección de los derechos humanos, así como se constituye también en un órgano consultivo, en cuanto es competente para interpretar la Convención y otros tratados concernientes a la protección de Derechos Humanos en los Estados Americanos<sup>73</sup>.

Finalmente, no puede dejarse de puntualizar un hecho de constante evolución, que es la tendencia a jurisdiccionalizar el control internacional de los derechos humanos (a nivel internacional y con énfasis en el ámbito regional), en

---

(cuasi jurisdiccionales y jurisdiccional, respectivamente), responsables de la protección de los derechos a nivel regional americano.

<sup>72</sup> <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/icj.htm>.

<sup>73</sup> Arts. 33.b, 52 y siguientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

cuando sean sólo órganos jurisdiccionales como el TEDH o la Corte IDH quienes ejerzan el papel de protección de los derechos humanos, es decir ir abandonando órganos no jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales (como son las Comisiones, propias de la tercera etapa señalada); Europa ya dio un ejemplo de ello cuando en el Protocolo 11<sup>74</sup> suprimió a un órgano cuasi jurisdiccional, como fue la Comisión Europea de los Derechos Humanos<sup>75</sup>.

### I.3. TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS

A través de la historia, la creación y desarrollo de los sistemas jurídicos universales como regionales y dentro de los últimos los de cada uno de los Estados, tiene un propósito final y principal, cual es el lograr los mecanismos que sean necesarios para la protección de los derechos humanos, que cuando se refieren a un Estado en particular, se los denomina como derechos fundamentales, que son los mismos derechos humanos, pero positivizados en su Constitución; algo similar ha sucedido con la tipología de los derechos, que son resultado de un largo proceso histórico, que tuvo como objetivo ir ampliando el reconocimiento de diversos derechos, que se los ha clasificando de diversa manera, por eso se dice que: “Las tipologías de los derechos fundamentales son muy variadas y generalmente están marcadas por la referencia, implícita o explícita, a una Declaración de derechos concreta”<sup>76</sup>.

Una clasificación muy generalizada, es la relativa a la “generación de derechos”, que se da conforme al origen o a la formación temporal de los derechos, así se habla de los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación; existen otros tipos de clasificaciones, por ejemplo, aquella que se encuentra vinculada con las garantías de los derechos, así se habla de los

---

<sup>74</sup> Dentro del Sistema Europeo, en algún momento existió la Comisión Europea de los Derechos Humanos, pero que a partir del Protocolo Número 11 (aprobado el 11 de mayo de 1994, en vigencia en 1998), que modificó el CEDH, dejó de tener vida ese órgano, quedándose como único órgano jurisdiccional el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>75</sup> Comentario del Dr. Héctor Gross Espiell, en el Seminario Internacional de Derechos Humanos y Justicia Constitucional, realizado en mayo de 2000, como consta en Memoria N° 4, Ed. TC, Sucre, 2000, p. 41.

<sup>76</sup> Manuel Martínez Sospedra: *Manual de derecho constitucional. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 296.

derechos que cuentan con medios de protección ordinaria o derechos con medios de protección extraordinaria; también existen otras formas, tal los criterios de funcionalidad, cuando se refieren a: “derechos de autonomía, de participación y naturaleza de los mismos”<sup>77</sup>; o se menciona a criterios de titularidad, al contarse con una titularidad que es general y otra que es una titularidad diferenciada<sup>78</sup>, etc.

Los derechos humanos que se encuentran reconocidos en ordenamientos internacionales y positivizados como fundamentales en la Constitución Política de cada uno de los Estados, han sido clasificados de acuerdo con las diferentes etapas en las que se han ido conquistando los derechos humanos – fundamentales; en esa línea se pasa a mencionar los derechos de acuerdo a su nombre por los Pactos e instrumentos internacionales.

Los *derechos civiles, políticos y libertades* (conocidos por un sector de la doctrina como derechos de la primera generación<sup>79</sup>) se consagran de manera sistematizada, a partir de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y Ciudadano en 1789, tienen su fundamento en la concepción liberal del hombre, el que por su naturaleza humana tiene facultades que le permiten desarrollar su libertad individual e impedir de esa manera el abuso que de él pueda realizar la autoridad pública; en ese sentido el Estado asume frente a la persona obligaciones negativas o de abstención<sup>80</sup>, en cuanto el individuo ejercita de manera amplia sus derechos, los que se encuentran asegurados por la actuación del Estado a través de los medios necesarios (mecanismos judiciales, coadyuvados por la actuación de la fuerza pública).

Entre estos derechos se destacan: vida, libertad física, integridad personal, libertad, de conciencia, libertad de expresión, petición, debido proceso,

---

<sup>77</sup> Según expresa Eddy Richard Cardozo Daza: “Aproximación ...”, op. cit., p. 65.

<sup>78</sup> La titularidad general se refiere a los derechos que tienen todas las personas así como los grupos de personas, ejemplo derecho a la vida, libertad, salud, comunicación etc. etc; en cambio la titularidad diferenciada se refiere a derechos que solo tienen determinadas personas o grupos de personas, entre algunos ejemplos están: los derechos de los niños, niñas adolescentes, derechos de los adultos mayores, derechos de las personas con discapacidad que: “recogen avances de la legislación europea y norteamericana para proteger a personas y grupos vulnerables”, como señala H.C.F. Mansilla: “Una comparación entre dos textos constitucionales” en *Miradas. Nuevo texto constitucional*, Ed. IDEA Internacional, La Paz, 2010, p. 128.

<sup>79</sup> La teoría de generación de derechos, ha sido ampliamente criticada por ciertos sectores de la doctrina, como se puntualizará oportunamente.

<sup>80</sup> Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2001, p. 419. Señala que también se denomina como derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado o derechos de los ciudadanos frente al Estado y en contrapartida estarían: “... todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio”.

presunción de inocencia honor, propiedad, inviolabilidad del domicilio, igualdad, ser elector o elegido, etc.; todos estos derechos se encuentran regulados con extensión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>81</sup>, en la CADH<sup>82</sup>, etc.

Los *derechos económicos, sociales y culturales*, se desarrollan a partir del constitucionalismo social (Constitución Mexicana de Querétano de 1917 y Constitución Alemana de Weimar 1919), que se caracteriza porque frente al valor supremo de la libertad, se va consolidando el valor igualdad que se expresa en normas que buscan morigerar las desigualdades sociales y se desarrolle la generosidad, equidad y solidaridad humana, de tal manera que todos los individuos gocen de las ventajas de la vida en sociedad y se fortalezca la solidaridad humana y se logre para todos condiciones de vida digna en las que se atiendan las más premiosas necesidades económicas, sociales y culturales.

Frente a derechos prestacionales<sup>83</sup>, surgen para el Estado obligaciones positivas, en cuanto tienen que crear las condiciones económicas necesarias para que todos puedan gozar de esos derechos (derechos programáticos); obligaciones positivas que no son solo unas de carácter mínimo: “sino también obligaciones distintas: la de promover (la única que es “programática”), la de respetar, la de proteger (mediante medidas positivas, imponibles inclusive a terceros), y la de asegurar (mediante medidas más amplias para la pronta y eficaz reivindicación de aquellos derechos)”<sup>84</sup>.

Frente a este tipo de derechos por una parte están las: “facultades o poderes de exigir prestaciones por parte de la comunidad”, por otra surge la obligación: “de los poderes públicos (de): su realización, por consiguiente, es relativa y progresiva, por lo que su particular naturaleza exige instrumentos

---

<sup>81</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

<sup>82</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

<sup>83</sup> Robert Alexy: *Teoría ...*, cit. p. 483, que señala: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de los particulares.”

<sup>84</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, T. I, USC, 2012, p. 285.

específicos de protección y promoción.”<sup>85</sup>, realización que se da: “allí donde son libremente debatidos y definidos”<sup>86</sup>. Sin embargo tampoco puede desconocerse que los derechos económicos, sociales y culturales, no solo tienen una realización progresiva, sino también gozan de una: “aplicación inmediata (v.g., determinados derechos sindicales, la igualdad de remuneración por trabajo igual, el derecho a la educación primaria obligatoria gratuita, entre otros).”<sup>87</sup>.

Entre esos derechos, se tiene: al trabajo, a la asistencia social, seguridad social, educación, cultura, familia, libertad sindical, huelga, distribución de la riqueza social, a la función económica social de la propiedad, vivienda, etc.; previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>88</sup>, también en el Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador<sup>89</sup>, etc.

Los *derechos colectivos* y del medio ambiente: “... supone un peldaño más, cualitativamente de primera magnitud, en la construcción del Estado social y democrático de derecho”<sup>90</sup>, estos derechos son contemporáneos y permiten que: “... la democracia recupere y consolide su legitimidad”<sup>91</sup>. Se expresan en los derechos colectivos de los pueblos que surgen de la relación del individuo con su entorno (cultural, social, territorio) y al estar en: “... una situación en la que la voluntad de muchos sectores de la población, los más desfavorecidos, no llega al centro de la toma de decisiones”<sup>92</sup>, se debe buscar que los pueblos en general logren el bien común y su desarrollo mínimo, por ello el sujeto de este tipo de derechos más que el hombre es la colectividad; el Estado debe cumplir con su obligación de garantizar la efectividad de los mismos, pero a su vez los otros Estados pueden exigirle ese cumplimiento a través de la Comunidad Internacional y de los órganos y mecanismos que para el efecto se estableció.

Ese tipo de derechos se expresan: en la libre determinación de los pueblos, la paz, medio ambiente, un orden internacional, un adecuado orden ecológico, el

---

<sup>85</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: Hacia la superación de la dualidad entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos y Sociales”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, Nº 2, 1991, págs. 431-454, p. 433.

<sup>86</sup> Como entiende su Santidad Juan Pablo II, en 08 de octubre de 1989, citado por Juan Antonio Carrillo Salcedo, op. cit. supra, p. 434.

<sup>87</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “La exigibilidad ...”, op. cit., p. 285.

<sup>88</sup> Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor en 1976.

<sup>89</sup> De 17 de noviembre de 1988

<sup>90</sup> Alexandre H. Català I Bas: *La (In) tolerancia ...*, cit.. p. 54.

<sup>91</sup> Op. cit. supra.

<sup>92</sup> Op. cit. supra.

derecho de las minorías, al desarrollo sostenible, al acceso a la propiedad de la tierra, derecho de los emigrantes, a los espacios públicos, etc.; tal como se encuentran regulados en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Hace ya algunos años atrás se habla de los denominados *derechos nuevos*, que comprendería los derechos colectivos, pero en una perspectiva mucho más amplia e inclusiva que los derechos económicos sociales y culturales, estarían dentro de estos: “a. Los derechos ... de pueblos y etnias, sobre todo el derecho o, cuando menos, el usufructo sobre los recursos naturales en el territorio en cuestión; b. Las reivindicaciones culturales y lingüísticas en el sentido más amplio (incluyendo el derecho de una educación primaria, secundaria y universitaria en la lengua aborigen de la comunidad respectiva); y c. El derecho a un medio ambiente sano y a la protección contra peligros ecológicos y amenazas militares”<sup>93</sup>.

Otros afirman que estos derechos nuevos, se expresarían en aquellos que surgen como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, que forman parte de la realidad actual. No cabe duda que el mundo ha cambiado de forma sustancial a partir del descubrimiento y desarrollo de los medios tecnológicos, que se extienden a todos los campos, pero con mayor trascendencia al ámbito de la expresión y comunicación; de tal manera que espacios que eran vedados a unos hasta por imposibilidades físicas, ahora ya no tienen fronteras.

A medida que se va desarrollando la tecnología, van surgiendo nuevos derechos sobre la base de las nuevas vías para la libertad de expresión y de asociación, tal por ejemplo, en colegios invisibles, comunidades virtuales, comunidades de intercambio tipo Napster<sup>94</sup>, etc.; al respecto, el mismo autor manifestó que: “... comienzan a surgir *comunidades de intercambio* basadas en fenómenos socio-tecnológicos como Napster y Gnutella que transforman el concepto de negocio y de intercambio de bienes, poniendo en jaque el sistema de mercado y la separación de roles entre productor y consumidor ... necesidad del desarrollo de una ética *on-line* que dé razón de los intercambios humanos que se

---

<sup>93</sup> H.C.F. Mansilla: “Una comparación ...”, op. cit., p. 127.

<sup>94</sup> Javier Bustamante Donas. *Hacia la cuarta generación de derechos humanos: representado la condición humana en la sociedad tecnológica*, trabajo que se puede encontrar en: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>.

producirán sin mediación de una presencia física, en el contexto del ciberespacio”<sup>95</sup>.

### I.3.1 Crítica a la “teoría de generaciones de derechos”

La doctrina de “generación de derechos” ha dado lugar a que sus defensores traten de demostrar la diferencia que se va produciendo entre unos y otros, para llegar a conclusiones tales por ejemplo que solo los derechos civiles y políticos son verdaderos derechos, en tanto los derechos económicos sociales y culturales, en el mejor de los casos son de tipo programático (que exigen acciones positivas a los Estados) pero no precisamente derechos.

Esas posiciones como la doctrina señalada han sido duramente criticadas por Robossi, quién considera que la tesis de las “generaciones de derechos humanos”: “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>96</sup>. Asimismo, se considera que las “generaciones de derechos humanos” no puede ya ser: “admitida inercial y acriticamente, sino que merece ser re estudiada, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación arbitraria”<sup>97</sup>.

Otros teóricos como Cançado Trindade señala que la “sucesión generacional” de los derechos, sería una que no pareciera correcta en términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en

---

<sup>95</sup> Op. cit. supra.

<sup>96</sup> Rabossi, citado por Víctor Bazán: “Perspectivas actuales de los derechos humanos (especialmente sociales) y su desarrollo en el derecho y la jurisprudencia internas e interamericanas” en *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Ed. CONCED-GTZ, 2010, La Paz, p. 323.

<sup>97</sup> Mónica Pinto, citada por Víctor Bazán, op. cit., p. 322-323.

la dimensión internacional<sup>98</sup>, produciéndose una artificial brecha entre derechos civiles con los DESC. El mismo autor considera que cuando se habla de sucesión generacional o generaciones de derechos humanos, se hace un parangón entre los derechos y los seres humanos lo que por sí demuestra la diferencia que se da entre los mismos, así las generaciones de derechos se van acumulando, lo que de manera distinta se produce con las generaciones de seres humanos que no se acumulan, sino que se suceden<sup>99</sup>.

En la misma línea, Carrillo Salcedo se refirió a la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, cuando consideró que: “la tendencia a hablar de generaciones de derechos humanos -derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos colectivos ...- son peligrosas en la medida en que llevan a una relativización de los derechos civiles y políticos y son contrarias al carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”<sup>100</sup>.

Además otra razón por la que se puede afirmar que los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y no se dividen por generaciones, deriva del reconocimiento de la dignidad que tiene todo ser humano y que se trasunta en todos los derechos; a partir de aquello surgen otros motivos que justifican hablar de la indivisibilidad externa de los derechos: “lo primero, porque se predicen de la persona; lo segundo, porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser libremente definidos y no impuestos; lo tercero, por último, porque aún siendo derechos individuales hoy no tienen sentido más que en el contexto de la solidaridad.”<sup>101</sup>.

Estas afirmaciones tienen base en la Declaración Universal, que se ha referido a la necesaria complementariedad que existe entre los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, aproximación de

---

<sup>98</sup> Basta tener en cuenta las Convenciones Internacionales en materia laboral, algunas que precedieron a la adopción de Convenciones dedicadas a derechos civiles y políticos; como señala Antonio Augusto Cançado Trindade: Para O.N.G. N ° 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993, pp.42-43.

<sup>99</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “Derechos de solidaridad” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 64/65.

<sup>100</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Protección de ...”, op. cit., p. 433 *in fine*- 434.

<sup>101</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario” en *La Toga*, N° 172, Sevilla, 2009, p. 53.



derechos que abarca a toda la naturaleza del ser humano, para ello basta recordar las primeras palabras del Preámbulo de la Declaración que señala que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; de esta manera ya: “la Declaración Universal estableció un delicado equilibrio entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales, en un enfoque integral que hoy, en medio de una gravísima crisis financiera y económica de alcance mundial, es más necesario que en 1948”<sup>102</sup>. A partir de lo dicho en la DUDH, la jurisprudencia internacional ha reconocido el mismo criterio, cuando ha señalado que: “ninguna mampara estanco separa a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales”<sup>103</sup>.

No se puede dejar de manifestar que pese a lo señalado por la Declaración Universal, lo dicho por tribunales internacionales y las críticas expresadas por prestigiosos doctrinarios del derecho, hasta nuestros días hay autores que persisten en la tarea de referirse a la teoría de la generación de derecho, tanto en el ámbito internacional como nacional<sup>104</sup>.

#### **I.4. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS**

El solo reconocimiento de los derechos y un detalle de los diversos tipos, cualquiera que sea la clasificación que se haga de ellos, no es suficiente para una adecuada implementación de los derechos; sino que es necesario que los mismos tengan vida con el reconocimiento aplicación y vigencia de todas y cada una de sus características, por parte de las autoridades de cada uno de los Estados en los que se los ha consagrado como derechos fundamentales; por ello se manifestó que siempre debe haber una: “relación jurídica entre la población y el

---

<sup>102</sup> Op. cit. supra.

<sup>103</sup> TEDH, Sentencia Airey, de 9 de octubre de 1979.

<sup>104</sup> En el caso del estudio de los derechos bolivianos, varios han sido los doctrinarios que al hacer referencia a los derechos de la nueva Constitución, se han reconocido las tres primeras generaciones de derechos, así: Iván Velásquez Castellanos: “Derechos y garantías constitucionales ¿Puede un Estado débil garantizar los derechos constitucionales?, en Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009, p. 111; Guillermo Mendoza Avilés: “Derechos Fundamentales y Garantías” en *Miradas*. ..., op. cit., p. 296; entre otros.

Estado, en la que la primera representa al sujeto activo titular del derecho, mientras que el segundo es el sujeto pasivo que debe cumplir un deber u obligación”<sup>105</sup>, deber jurídico que se expresa en la obligación que tienen las autoridades de los Poderes Constituidos de respetar los derechos, en el marco de las características que sobre ellos, haya sido determinadas por las autoridades del Poder Constituyente.

Muchas son las clasificaciones que sobre las características se han dado sobre los derechos, por ejemplo se dice que si los derechos humanos no tienen su origen en las leyes que los Estados van emitiendo, pues su origen está en su propia naturaleza o en la dignidad de todo ser humano, se tiene que los mismos son derechos innatos o inherentes al mismo, en cuanto las leyes lo único que hacen es reconocer esas potestades y facultades; se indicó también que si los derechos humanos tienen como su principal y mayor fundamento la dignidad de la persona, no son jerarquizables, en cuanto no existen derechos mayores o menores que se subordinan a los primeros, pues todos los derechos se encuentran relacionados y protegidos de igual manera por el ordenamiento jurídico.

También existen las clásicas categorizaciones de las características de los derechos, tal que los mismos son obligatorios, inalienables e imprescriptibles. Así los derechos son obligatorios, en cuanto todos los derechos se encuentran consagrados en ordenamientos nacionales e internacionales, por lo que ni los individuos ni los Estados, pueden desconocerlos, al contrario están obligados a respetarlos, protegerlos y resguardarlos; o que los derechos son atributos de cada ser, por su sola existencia humana, es necesario que su reconocimiento, forme parte una realidad jurídica inalienable, pues no se encuentran sujetos a ninguna relación de intercambio ni de comercio, pues no son susceptibles de valoración económica, ya que de así hacerlo se lesionaría la propia dignidad humana; también se dice que si la realidad social es dinámica y se encuentra sujeta a múltiples cambios, se posible que los derechos humanos que son reconocidos por los Estados vayan aumentando y engrosando la lista de los que deben ser protegidos, pero no por ello puede llegar un momento en que un determinado derecho venza o expire, pues son imprescriptibles, en cuanto no se pierden con el

---

<sup>105</sup> Carlos Romero Bonifaz: “Los ejes ...”, op. cit. p. 27.

transcurso del tiempo, ni por esos cambios que se dan en una determinada sociedad.

Las menciones señaladas forman parte de las tantas clasificaciones que se han dado sobre las características de los derechos; a continuación con alguna profundidad, se pasa a expresar el sentido de otras categorizaciones de los mismos.

#### **I.4.1 Inviolabilidad**

Si todos los que habitan un determinado Estado son beneficiarios de la existencia de derechos (cualquiera sea su naturaleza y su titular), no tendría sentido su establecimiento si no fuera el mismo Estado quién de las condiciones para asegurar el disfrute y el ejercicio de los derechos por todos; así no se violan los derechos cuando los mismos son respetados y cumplidos por gobernantes como gobernados, a la inversa, se produce la violación de los mismos cuando se desconocen y no se dan las garantías para su vigencia y existencia.

De ahí que se dice que la inviolabilidad de los derechos implica el deber que tiene el Estado de protegerlos y garantizarlos y si no se cumple con esta obligación y deber (por todos) se produce la violación y se desconoce la característica de su inviolabilidad.

En aquellos casos donde hay vulneración y violación de los derechos, es la misma Constitución la que establece los causes que han de permitir su protección como su reparación, con afirmaciones en sentido de que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades de cada uno de los Estados, entiéndase “personas” que provocan violaciones, son no solo los representados, sino también los representantes o autoridades que detentan el poder público, principales obligados de actuar dentro del marco de las normas jurídicas de cada uno de los Estados.

### I.4.2 Universalidad

Una característica de los derechos es su universalidad, porque sin distinción de ninguna naturaleza, sin discriminación, o sin excepción alguna, todas las personas de un determinado Estado gozan de los mismos derechos, por la naturaleza universal de todos los seres humanos.

La variación de la naturaleza de los derechos permite la diferenciación entre las diversas clases de derechos (civiles, políticos, sociales, económicos, etc.), cuyos destinatarios son todos los habitantes de un determinado Estado, sin excepción alguna, con igualdad y sin discriminación de ninguna clase, sea por aspectos de nacionalidad, raza, religión, ideología, sexo, condición económica, ocupación, etc..

La titularidad de los derechos consagrados en un determinado instrumento normativo, por su universalidad, como se ha mencionado, da lugar a que sean gozados por igual por todo ser humano habitante del Estado boliviano, sea este una persona natural o jurídica, sea nacional o extranjero residente en el país.

Sin embargo el principio de igualdad sin discriminación en un escenario universal dentro de un determinado Estado, puede también dar lugar a la protección de diversas diferencias que existen dentro de la sociedad, tales como las de tipo cultural, lingüístico, étnico, sexual, etc., sin que esa tutela sea considerada como vulneratoria a la igualdad; esa es la razón por la que se manifestó que se debe evitar que la: “prohibición de discriminaciones irrazonables se traduzca en el desconocimiento de múltiples diversidades, individuales y colectivas, en que se articula la sociedad contemporánea”<sup>106</sup>; ya que del interior del principio de igualdad, se deduce el reconocimiento de las diferencias.

---

<sup>106</sup> Rubén Hernández Valle: *Derechos ...*, op. cit. p. 38.

### **I.4.2.1 Universalidad y relativismo de los derechos**

La universalidad de los derechos en el ámbito interno de un determinado Estado, responde a la universalidad de los derechos en el ámbito internacional, con relación a los derechos que tienen las personas de todos los Estados, en las relaciones que se establecen dentro de un Estado y entre Estados.

En el preámbulo de DUDH de 10 de diciembre de 1948, se proclama como un ideal común de todos los pueblos y naciones, el esforzarse, a fin de que se logre el respeto de los derechos, promoviéndose “su reconocimiento y aplicación universales y efectivos ... entre los pueblos de los Estados Miembros”; a partir de esta declaración, en el ámbito internacional de los derechos humanos, se tiene que todas las personas que formen parte de cualquier Estado, deben gozar de sus derechos, que deberán ser respetados por las comunidades nacionales e internacionales.

La DUDH, así como: “Los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas son la columna vertebral del sistema universal de protección de los derechos humanos; (que) deben abordarse no en forma aislada sino compatibilizada, relacionada unos con otros”<sup>107</sup>, es decir que ese vínculo parte de los instrumentos de protección de carácter universal, pero se relacionan con otros que tengan contenido regional, a su vez, todos deben ser compatibilizados con los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos que existen dentro de cada uno de los Estados. Ahora bien, esas: “unidades conceptuales de los derechos humanos inherentes a todos los seres humanos (creaciones universales), llegaron a trascender las diferentes formulaciones de derechos reconocidos en diferentes instrumentos (regionales y estatales)”<sup>108</sup>.

El desarrollo normativo que se ha ido dando dentro de los Estados (muchas veces a partir de las regulaciones internacionales), no estuvo ajeno a las pugnas y contradicciones internas que de manera hasta natural existen dentro de cada Estado, que han resultado ser el motor de la historia, dando lugar a la creación de derechos (de cualquier naturaleza, o de las denominadas

---

<sup>107</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “Universalismo e regionalismo nos direitos humanos: o papel dos organismos internacionais na consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional” en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, N° 13, 1997, págs. 99-156, p. 105.

<sup>108</sup> Op. cit. supra, p. 154.

generaciones de derechos), cuyas formas y contenidos se mejoraron con el paso del tiempo, siempre en pro y a favor de la protección del ser humano; de ahí que se afirmó que: “la multiplicidad de instrumentos parece más bien un reflejo de la forma como ocurrió y se desarrolló a lo largo del proceso de generalización histórica de la protección de la persona humana en el nivel de regulación internacional”<sup>109</sup> y estatal.

La doctrina de la universalidad de los derechos, que se caracterizó porque los destinatarios son absolutamente todos los seres humanos, no deja de ser cuestionada, si se tiene en cuenta que lo que es derecho justo para unos, no lo es para otros, en la medida que las personas en comunidad, tienen: “una visión particular de la vida y de los fines que debe perseguir una sociedad ... una elección de valores anclada en ciertos principios, con consecuencias prácticas e indicativas de esa visión de la vida y del hombre”<sup>110</sup>, es que no todas las personas comparten los contenidos de los derechos, ni se sienten vinculados con su regulación, por no responder a una misma visión o por tener apreciaciones valorativas y principios diferentes.

Si bien es cierto que: “la universalidad, no es igual a una total uniformidad”<sup>111</sup>, no es menos cierto que la diversidad cultural, bien entendida, no se debe comprender como una que se constituya en un impedimento para la vigencia universal de los derechos humanos, es que la universalidad de los derechos debe estar: “enriquecida por las particularidades regionales. Cada sistema regional vive su propio momento histórico”<sup>112</sup>; por eso Cançado Trindade ha manifestado que: “Las culturas no son piedras en el camino de la universalidad de los derechos humanos, al contrario, son elementos esenciales para el alcance de esta última. La diversidad cultural ha de ser vista en una perspectiva adecuada, como elemento constitutivo de la propia universalidad de los derechos humanos, y no como un obstáculo para esta”<sup>113</sup>.

Al no existir conformidad absoluta sobre la doctrina de la universalidad de los derechos, se habla de la doctrina relativa de la universalidad, pues el

---

<sup>109</sup> Op. cit. supra, p. 154.

<sup>110</sup> Como señala Passerin, citado por Diego Murillo Bernardis: “Análisis y comentario” en *Miradas ... op. cit.*, p. 309.

<sup>111</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho Internacional Dos Dereitos Humanos*, Vol. III, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre Brasil, 2003, p. 30.

<sup>112</sup> Op. cit. supra.

<sup>113</sup> Op. cit. supra, p. 335.

reconocimiento de derechos dependerá de la regulación jurídica que se construya dentro de cada uno de los Estados, de los diferentes sistemas de derecho que se den en el mismo Estado, de la fuerza ideológica imperante o de la ideología política que esté vigente en un momento determinado, o de la cultura que tiene un determinado grupo humano u otros factores de tipo relativista.

Se ha reconocido que los derechos humanos son particulares y no son universales porque son: “«relativos: es decir, son contruidos y son «dependientes» de los contextos histórico-culturales desde los que se producen»”<sup>114</sup>, surgiendo nuevas apreciaciones cuando se dice que: “La falsa universalidad de los valores de una cultura particular (como la occidental) puede traducirse en una imposición o dominación de una cultura sobre otras”<sup>115</sup>; afirmándose que por los valores absolutos que puede tener una determinada cultura, es más apropiado referirse a la existencia de un relativismo cultural.

Estas reflexiones sobre la universalidad de los derechos, frente al relativismo cultural o “el argumento de culturas regionales no debería ser exagerado o llevado a extremos.”<sup>116</sup>, pues: “nos parece insostenible evocar las tradiciones culturales para justificar o encubrir violaciones de los derechos humanos universales”<sup>117</sup>, es que: “No hay que invocar la cultura -de forma totalmente tergiversada- tratando de justificar la opresión, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes; esta falacia no es imputable al llamado particularismo de las culturas como tal, sino a la dominación, la arbitrariedad, el fanatismo, la intolerancia, la ignorancia”<sup>118</sup>.

Estas situaciones de arbitrariedad de algunos Estados, han sido denominados como “cegueras axiológicas” que se dan cuando: “ciertas comunidades -pequeñas o grandes- pueden en determinados momentos perder parcial o totalmente su lucidez valorativa, y admitir como aceptables soluciones profundamente ilegítimas”<sup>119</sup>, que vendrían a ser casos de patología social o como denomina Goldschmidt (citado por el maestro) en sentido de que se trata de “conciencia mala de ciertos pueblos”.

---

<sup>114</sup> Como entiende Tubino, citado por Vicente Cabedo Mallol. *Pluralismo Jurídico...*, op. cit., p. 43.

<sup>115</sup> Op. cit. supra.

<sup>116</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Dereito ...*, op. cit., p. 342.

<sup>117</sup> Op. cit. supra, p. 305.

<sup>118</sup> Op. cit. supra, p. 389.

<sup>119</sup> Néstor Pedro Sagüés: Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución” en *Estado de ...*, op. cit. p. 26.

Varios son los casos que pueden ilustrar esta situación, por ejemplo algunos países occidentales permiten como legal la posibilidad de quitar la vida a un ser que está por nacer, por decisión personal, lo que podría considerarse como una ceguera axiológica por países islámicos que en sus legislaciones están en contra del aborto, no permitiéndose ningún tipo de interrupción desde la concepción y durante la gestación. Asimismo disposiciones legales de países islámicos, por razones de identidad cultural, sexual y religiosa, permiten la ablación que es una mutilación genital femenina, esta práctica resulta una ceguera axiológica para países occidentales que consideran que ese tipo de actos son expresiones degradantes de las mayores crueldades y torturas que se somete a las mujeres, que siempre están en una situación de inferioridad frente al hombre. Por eso acertadamente se manifestó que: “no obstante la universalización de los derechos fundamentales, la configuración de un derecho fundamental no es homogénea, sino que guarda correspondencia con la idiosincrasia de cada pueblo”<sup>120</sup>, de ahí la afirmación de que existe relativismo en la universalización de los derechos fundamentales.

Las valoraciones contrarias que van teniendo los pueblos de los derechos, dan lugar a conflictos que es necesario resolverlos, a través de también relativos acuerdos de lo que es legítimo con lo que no es, por eso se manifestó que: “El consenso axiológico es pues una meta, no una realidad”<sup>121</sup>; el encontrar fórmulas para llegar a esos acuerdos es una tarea a construir por cada uno de los Estados, a partir del reconocimiento de la diversidad cultural que hay en cada país, por la existencia de grupos humanos que desde tiempos inmemoriales, dentro de ese Estado tienen diversas formas y costumbres de vida, o como consecuencia de la presencia de personas inmigrantes que como minorías culturales pasan a formar parte de la vida de ese mismo Estado. En esa línea, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en un caso contra el Reino Unido (12 de marzo de 1981), instó a los Estados a que asuman esfuerzos a fin de que se adapten a la nueva realidad, de la existencia de una sociedad en la que conviven diversas culturas.

De manera necesaria, en cada Estado debe haber voluntad política de sus autoridades, para que en algún momento se visibilice la existencia de un acuerdo axiológico de respeto de derechos que devienen de patrones culturales distintos,

---

<sup>120</sup> Willman Ruperto Durán Ribera: *Las líneas ...*, op. cit. p. 34.

<sup>121</sup> Op. cit. supra, p. 30.



pues: “Nada impedirá que las culturas se adapten para incorporar ciertas normas de conducta y ampliar el mínimo universal. El núcleo de los derechos fundamentales inderogables, no puede invocarse como particularismos regionales o culturales”<sup>122</sup>.

En busca de un acuerdo que supere indebidos particularismos de derechos, los Estados pueden ejercer obligaciones positivas por las que se asegure la igualdad de grupos históricamente discriminados, por ejemplo a través de la existencia de normas legales que aseguren el respeto de los derechos de otros conforme a su propia cultura y religión, pues como manifestó el Dr. Alexandre H. Català i Bas: “La igualdad ante la ley no puede llevar a la indiferencia legal ante cuestiones que están directamente conectadas con el disfrute y garantía de determinados derechos”<sup>123</sup>; además la obligación estatal puede ser de carácter negativo, en la medida en la que los poderes públicos tienen el deber de no injerencia en el ejercicio de prácticas religiosas diversas o de pautas culturales distintas, obviamente teniendo en cuenta que: “la diversidad cultural no puede amparar prácticas atávicas prohibidas como el matrimonio concertado con menores o la oblación”, como señaló el mismo autor.

Por todo lo manifestado, es obligación de cada uno de los Estados el intentar encontrar posiciones que logren ser compatibilizadas, respetándose las diferencias culturales, pero a la vez cuidándose el contenido esencial de los derechos humanos.

### **I.4.3 Interdependencia**

La dignidad de la persona humana, resulta ser el hilo conductor que de manera transversal cruza y relaciona a todos los derechos, que dependen unos de otros o se encuentran interconectados entre sí, por ejemplo el derecho a la vida se efectiviza, solo si existen adecuadas condiciones que le aseguren, como es un medio ambiente sano, alimentación permanente, contar con una vivienda con servicios básicos, otorgarse servicios de salud gratuitos, etc.

---

<sup>122</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 387.

<sup>123</sup> Alexandre H. Català i Bas: “Inmigración y Discriminación” en *Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*. Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 249.

Ese relacionamiento que se produce entre los derechos, no implica desde ningún punto de vista, que un determinado tipo de derecho sea más o menos que otro, pues todos los derechos tienen igualdad de jerarquía e importancia, y en esa misma medida, todos los derechos deben ser protegidos adecuadamente por el Estado, porque el violar un determinado derecho, implicará desconocer otros, precisamente por la interdependencia que se produce de ellos, así cuando el Estado no da las condiciones adecuadas para disfrutar del derecho a la educación intercultural, se viola también el derecho a la diversidad cultural, a la libertad de pensamiento, etc.

Las relaciones que se van produciendo entre los derechos: “permite concebir los derechos y libertades constitucionales como un sistema ... o unidad de sentido sistemático”<sup>124</sup>, que sugiere de inmediato la interdependencia o mutua implicación que existe entre los mismos, de tal manera que el tema de la interconexión de los derechos, en su dimensión sistémica y con todo su alcance, en los últimos años va suscitando un importante interés dentro de cada Estado, en las relaciones de poder que se dan entre gobernantes y gobernados, a efectos de demandar tutela y protección cuando se ha violado uno y como consecuencia varios derechos.

#### **I.4.4 Indivisibilidad**

La característica de la indivisibilidad, se encuentra estrechamente relacionada con la interdependencia, que desde un punto de vista externo, permiten apreciar la existencia de diversos derechos con naturalezas distintas o de generaciones diferentes, pero que aún así se encuentran vinculados, no pudiéndose separarse o dividirse, porque todos confluyen en el postulado de la dignidad humana que siempre hay que proteger; por ejemplo el derecho a vivir en un medio ambiente sano<sup>125</sup>, asegura el derecho a la salud<sup>126</sup>, a la inversa y por su indivisibilidad, no se podría gozar de buena salud en un medio ambiente malsano o insalubre.

---

<sup>124</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales” en *Constitución, derecho y proceso*, Ed. Moreno S.A., Lima, 2010, p. 771.

<sup>125</sup> Derecho colectivo (o dentro de la denominada tercera generación).

<sup>126</sup> Derecho fundamental (con desarrollo social dentro de la segunda generación de derechos).

Los derechos también deben ser considerados indivisibles desde un punto de vista interno de cada derecho, lo que supone que: “un derecho o garantía en particular no puede ser dividido y mucho menos fraccionado en otros sub derechos”<sup>127</sup>; por ejemplo la integridad física, psicológica y sexual, no son sub derechos del derecho de la vida o del derecho de la salud, todos son derechos en igualdad de jerarquía, que se encuentran estrechamente relacionados, por ser indivisibles.

La indivisibilidad de los derechos se da en dos ámbitos, porque: “adquiere su real importancia, de una parte en el ámbito institucional y, de otra, en el ámbito jurisdiccional”<sup>128</sup>. El primer ámbito es más abarcador, en la medida en que todas las autoridades del poder público o de cualquiera de los órganos del Estado, tienen la obligación de respetar los derechos, cuidando de no dañar por lo menos en cuanto a su contenido esencial; el segundo ámbito es más restringido, en cuanto abarca un tipo de autoridades públicas, que no son otras que quienes conforman los órganos de administración de justicia, que ante una demanda de tutela de los derechos y constatación de su vulneración, tienen la obligación de protegerlos en su integridad, no por partes, por ser los derechos indivisibles.

#### **I.4.5 Progresividad**

El derecho es un producto social, que responde a las necesidades que van generando en una realidad determinada, conforme a las exigencias y reivindicaciones que van demandando los colectivos humanos, por eso es que el derecho no puede considerarse como algo estático, en la medida que se va moviendo y se va desarrollando conforme aparecen las exigencias sociales, necesidades políticas u otras que determinen cambios en la legislación de la comunidad internacional, como de cada uno de los Estados.

Una vez que se ha creado un derecho, difícilmente deja de serlo, pero junto a esa formación se van generando otras que van ampliando las diversas naturalezas o las distintas generaciones de derechos y ahí aparece ya el concepto de progresividad, que: “debe interpretarse ... en cuanto el Estado no

---

<sup>127</sup> Eddy Richard Cardozo Daza: “Derechos ...”, op. cit. p. 63.

<sup>128</sup> Op. cit. supra.

podrá adoptar medidas regresivas con relación al ejercicio de un derecho”<sup>129</sup>, es decir no van hacia atrás ni se cancelan, al contrario sus medidas mejoran y su constitución se va ampliando de manera progresiva y siempre hacia delante, es que: “Las conquistas logradas que llevaron al reconocimiento universal no admiten retrocesos”<sup>130</sup>.

La construcción permanente de los derechos (sean civiles, políticos o económicos, sociales, culturales u otros), obliga a todos los Estados a ejercer acciones y actuaciones efectivas para lograr la total implementación de los derechos que se van formando y sumando de manera progresiva en el tiempo; aunque es cierto que esa implementación no siempre puede ser de inmediato (que es lo ideal), sino de manera paulatina pero con miras a su ejercicio total en el menor lapso de tiempo posible.

En los Estados no siempre se van constitucionalizando todos los derechos que aspiran todos los habitantes, conforme a sus necesidades y exigencias sociales, sea porque la rigurosidad del procedimiento de reforma de su Constitución, por falta de voluntad política u por otra razón; en esos casos la progresividad no se estanca, en la medida que forma parte de esta característica de los derechos las cláusulas abiertas que siempre contienen las constituciones, en sentido que la enunciación de los derechos contenidos en una determinada Constitución, no puede ser entendida como negación de otros derechos, que son inherentes al ser humano, aunque no consten de manera expresa en la ley fundamental.

Los derechos detallados en un determinado instrumento normativo (Convención, una Constitución, etc.) no tienen carácter limitativo sino simplemente enunciativo, razón por la cual la inexistencia de un determinado derecho de manera expresa en un determinado instrumento jurídico, no puede dar lugar a su desconocimiento, más aún si ese derecho forma parte del bloque de constitucionalidad, debiendo ser protegido por las autoridades público.

---

<sup>129</sup> Farit Rojas Tudela: “Análisis ...”, op. cit., p. 289.

<sup>130</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 387.

## I.5. GARANTÍAS Y CLASES

La Constitución Política de un Estado, establece las principales reglas políticas y sociales que una comunidad de personas adopta en un determinado momento de su historia, constituyéndose: “en un orden supremo que regula el ejercicio del poder político y que garantiza la vigencia y el goce de los derechos fundamentales de las personas en una realidad social concreta”<sup>131</sup>; por ello la Constitución, resulta ser un instrumento que legitima el ejercicio del poder público, pero también se encuentra al servicio del ser humano -que goza de libertad, dignidad e igualdad-, siendo necesario la existencia de un equilibrio entre el Estado y la sociedad, pues si se estaría frente un poder irracional del Estado, desmedido, abarcador y totalizador, se sacrificarían los derechos humanos, generándose absolutismo del individuo y en las relaciones de gobernantes y gobernados, lejos de lograr fin destinado al bien común de todos, se tendría anarquía y caos o totalitarismo y absolutismo.

Desde el punto de vista de la finalidad, también se expresó que: “la Constitución es el máximo cuerpo normativo cuyo fin radica en la preservación de los derechos de las personas, tanto como individuos cuanto como colectividad, mediante el establecimiento de mecanismos de control sobre el poder político”<sup>132</sup>; o también se dijo que la Constitución tiene: “El objetivo final de ... apuntalar y consolidar la vigencia de los derechos, ya que sin éstos no tienen realidad en la vida diaria, constituyen meras declaraciones teóricas o simples tiras de papel”<sup>133</sup>, limitándose de esta manera la tentación que suelen tener autoridades del poder público, de contar con un poder arbitrario. En esa virtud se tiene que es un objetivo o un fin de las Constituciones Políticas de los distintos Estados, asegurar la vigencia de los derechos -a través de las garantías-, por las autoridades del poder público que tienen el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos, careciendo de poderes absolutos, sino que están limitados en el marco de sus competencias y siempre con el respeto de los derechos de todos los habitantes de un determinado Estado.

---

<sup>131</sup> Como expresa Magdiel Gonzáles, citado por Víctor García Toma: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2008, p. 411.

<sup>132</sup> Así manifiesta Karl Loewenstein, mencionado por Carlos Böhort Irahola: “Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano” en *Miradas*. ... op. cit., p. 39.

<sup>133</sup> Helio Juan Zarini. *Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 419.

A partir del reconocimiento del permanente peligro en el que se encuentran los seres humanos, por el abuso de poder y arbitrariedad, que proviene generalmente de autoridades del Estado, pero también de personas particulares o sectores privados o de ciertas colectividades, es que el constituyente en cada uno de los Estados, estableció la existencia de una serie de garantías que resultan ser necesarias para que no se desconozca, se amenace o se viole sus derechos, que no pueden quedarse en una simple declaración y reconocimiento constitucional, sino que deben tener medios para asegurar su vigencia plena.

Las garantías constitucionales son: “instituciones y mecanismos creados por la Constitución para la protección de los derechos de las personas”<sup>134</sup>, frente a cualquier exceso, abuso o arbitrariedad proveniente del poder público o de un particular, llegando por ello a convertirse en un medio a través del cual se logra legitimar el ejercicio del poder, provenga de donde provenga, no existiendo Estado alguno que desconozca esta institución jurídico-constitucional, por lo menos de manera formal, si es que materialmente y lamentablemente no se aplica; es que no tendría razón de ser el amplio catálogo de derechos que consagra la Constitución Política de cualquier Estado, si no vendría acompañados de esos medios a través de los cuales se asegura su existencia, no pudiéndose imaginar derechos sin garantías.

Como amplias clasificaciones existen de los derechos, también las hay de las garantías<sup>135</sup>, así se hace mención a las garantías normativas y las garantías jurisdiccionales tal como señalan los Dres. Rivera, Montañó<sup>136</sup> y otros.

---

<sup>134</sup> Julieta Montañó Salvatierra. “Constitución, género y derechos humanos” en *Estado de Derecho y ...* op. cit., p. 275. Cuando se empieza hablar de las garantías es necesario diferenciar con los derechos de las garantías constitucionales, así los derechos, como facultades subjetivas de las personas, que aseguran su dignidad, libertad e igualdad, se encuentran garantizados a través de los medios que el constituyente pone en su favor, también para asegurar, la vigencia de dichos derechos; siendo su relación estrecha pero no son lo mismo, en esa medida, como señala Carlos Sánchez Viamonte, el fracaso de una garantía no significa la negación de un derecho, sino su inaplicabilidad positiva por la inexistencia de aquella (*Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 137); vale decir que cuando una garantía se suspende, no se suspende el derecho, pero a la inversa, cuando un derecho se suspende porque deja de ser tal, la garantía también se suspende, pues mal podría asegurar un supuesto derecho que en realidad no es tal (lo accesorio, sigue la suerte de lo principal).

<sup>135</sup> Existe lo que en doctrina se conoce, como garantía de orden, según la cual es el control social la que lo ejerce; como una expresión de dicha garantía, también se tiene la garantía del debido proceso, que se activa para proteger los Derechos Humanos frente al ejercicio de la función represora del Estado; en materia penal está la garantía de estabilidad y seguridad, vinculadas al establecimiento de una determinada política criminal destinada a reducir la delincuencia; existen las garantías generales, que se caracterizan por comprender una visión integral de los derechos; hay las garantías específicas, que se constituyen en mecanismos de protección de los derechos,

Las primeras, o denominadas garantías normativas son aquellos principios y normas de naturaleza sustantiva, que se encuentran regulados en la Constitución, constituyéndose los mismos en garantías que posibilitan a las personas el pleno ejercicio y goce directo de sus derechos fundamentales; entre los principios que como normas sustantivas o instituciones fundamentadoras sustentan el orden constitucional, están los principios de: aplicación directa de los derechos<sup>137</sup>, reserva legal, presunción de inocencia o de no culpabilidad, *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley, debido proceso en todas sus formas (tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción, el juez natural, independiente e imparcial, defensa, el no declarar contra sí mismo), etc...

Si los derechos llevan implícitos las exigencias al Estado de que asuma conductas negativas y positivas, de similar manera las garantías (normativas sustantivas) están vinculadas a esos requerimientos porque están destinadas asegurar el cumplimiento de las obligaciones negativas por parte del Estado y de los particulares, ejemplo: el Estado debe respetar los derechos de libertad, en ese sentido quedan prohibidos de provocar alguna forma de tortura, desaparición, confinamiento, que asegura la vida de las personas (derecho).

Desde la otra perspectiva pero relacionado con lo anterior, se tiene las obligaciones positivas del Estado, ejemplo: los titulares del poder tienen el deber de crear las condiciones necesarias para que el ejercicio de los derechos se efectivice en la realidad, en ese escenario el Estado debe adoptar las acciones públicas de tipo legislativo, ejecutivo o jurisdiccional, destinadas a implementar todas las condiciones materiales y económicas (leyes, decretos, juzgados instalados, administradores de justicia, personal de apoyo, infraestructura etc.), para la protección de los derechos y garantías constitucionales, tal el debido proceso (garantía sustantiva).

Las segundas, o denominadas garantías jurisdiccionales son aquellos principios y normas de naturaleza procedimental, o son remedios jurídicos constitucionales, o recursos extraordinarios, que tienen por finalidad dar

---

que a su vez se clasifican en garantías de regulación, de control y fiscalización, interpretación, internas del derecho y judiciales, etc. (Fernando Escobar Pacheco. "Las garantías constitucionales en el proceso penal boliviano", se puede encontrar el estudio en: <http://construccionconstitucionalista.blogspot.com/2008/10/las-garantias-constitucionales-en-el.html>.)

<sup>136</sup> José Antonio Rivera Santivañez: "El nuevo ...", op. cit. pp. 22-23; Montaña Salvatierra, Julieta. "Constitución ... op. cit. pp. 275-276.

<sup>137</sup> Principio al que se realizará especial referencia en el presente trabajo, dándose respecto a los otros simples menciones generales.

protección a un derecho, cuando existe peligro de ser lesionado o se lo vulnera, restableciéndolo a una situación anterior a la transgresión, de ser posible y de no serlo, fijándose las medidas para la compensación, pero en cualquier caso, estableciéndose la sanción para el agresor de los derechos (sea el Estado o el particular); las acciones por las que se protege los derechos y garantías constitucionales son una serie de procesos constitucionales, tales: el *habeas corpus*, el amparo constitucional, el *habeas data*, etc..

Estas garantías jurisdiccionales otorgan una doble seguridad: por una parte: “la seguridad de que cualquier titular de un derecho ... puede recurrir ante las autoridades definidas por la Constitución y las leyes para pedir justicia. Por otra, la seguridad de reglas esenciales para que cualquier persona que sea acusada de transgredir el orden jurídico sea sometida a juzgamiento por las autoridades con un grado de discrecionalidad mínimo”<sup>138</sup>; por eso se dice que las garantías jurisdiccionales son las garantías a la justicia, pero también son garantías constitucionales del proceso, en el primer caso porque a través de su aplicación, se pretende que se haga justicia, en el segundo caso, las normas de procedimiento, establecen las bases sobre las que el administrador de justicia, efectivizará las garantías jurisdiccionales, a favor del que denuncia un hecho porque se considera agraviado, como también a favor de quién se defiende del hecho denunciado.

Existe una estrecha relación entre las garantías sustantivas o materiales, que se hacen valer o se respetan a través de otras garantías que no son sino las jurisdiccionales o procedimentales, así por ejemplo el debido proceso: “involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías sustanciales (garantías normativas), tales el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de defensa, que (dentro de la tramitación de un proceso constitucional -garantía procedimental o jurisdiccional-) culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las pretensiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa”<sup>139</sup>; por eso se dice por ejemplo que el derecho al debido proceso (garantía sustantiva) se garantiza en una acción constitucional (garantía

---

<sup>138</sup> Rogelio Mayta Mayta: “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa en la nCPE” en *Miradas ...*, op. cit., p. 320.

<sup>139</sup> Osvaldo Alfredo Gozaíni: *El Debido Proceso en la Actualidad*, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina-Buenos Aires, 2004, p. 42.



procedimental) o lo que es lo mismo, se manifiesta que en la acción de amparo constitucional se solicita la tutela derechos y garantías, como es la del debido proceso.

### **I.5.1 Aplicabilidad directa de los derechos en países de la región andina**

Desarrollado el alcance general de las garantías, dentro de ellas la mención de las garantías normativas y jurisdiccionales, corresponde ahora hacer referencia a aquellas garantías normativas o sustanciales que se han consagrado en las Constituciones Políticas de Estados o países de la región andina<sup>140</sup>, que aseguran el goce de derechos humanos, como son el principio de aplicación directa de los derechos -entre otras garantías-.

Entre los países de la región andina, corresponde destacar la previsión del art. 109-I de la CPE de Bolivia, que establece que: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”; en la misma línea el art. 85 de la Constitución Política de Colombia señala que los derechos consagrados en la Constitución son de aplicación inmediata<sup>141</sup>, no existiendo una previsión similar en la Constitución Política del Perú. Del contenido normativo mencionado se tiene que la eficacia de un derecho no está sujeta a una reglamentación previa, lo que: “guarda coherencia con la característica que tienen (los) derechos de tener aplicación directa, lo que equivale, claro está, a que no puedan ser reglamentados”<sup>142</sup>; es decir que es también una característica de los derechos fundamentales, su aplicación directa, garantía normativa que implica que para su vigencia no es necesario la existencia de una reglamentación previa.

Podría considerarse que las previsiones constitucionales señaladas serían redundantes e innecesarias, porque su contenido relativo a la aplicación directa de los derechos, se encuentra de manera implícita en absoluta sincronía con el

---

<sup>140</sup> Es necesario dejar establecido que el presente estudio se centrara en las normas -de diferente naturaleza- que se encuentran reguladas en las Constituciones Políticas de Bolivia, Perú y Colombia, así como oportunamente se realizará menciones a la jurisprudencia que la Corte o Tribunales Constitucionales de dichos países han emitido con relación a determinados derechos a estudiarse.

<sup>141</sup> Realizando mención exclusiva de los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 402 de la CPE de Colombia.

<sup>142</sup> Willman Ruperto Durán Ribera: *Las líneas ...*, op. cit. , p. 42.

carácter normativo de cualquier Constitución, que dejaría de ser tal, perdería su normatividad y no tendría razón de ser, si los derechos requerirían siempre de una regulación previa por autoridad pública (sea una ley, un decreto u otro instrumento) para su aplicación.

Los derechos de cualquier otra naturaleza regulados en su contenido, sean éstos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y colectivos, así como todos los derechos que forman parte de los tratados internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido ratificados por un determinado Estado (bloque de constitucionalidad), todos, absolutamente todos, son directamente aplicables, esto significa que se puede acudir a las autoridades jurisdiccionales, exigiendo y solicitando su protección<sup>143</sup>, sin que para ello se exija de manera necesaria la existencia de alguna ley previa u otro tipo de reglamentación.

Sin embargo de lo antes manifestado, puede darse el caso de que se acuda ante las autoridades jurisdiccionales, exigiendo la protección de derechos que si tienen un desarrollo legislativo previo, pero se incumplen las condiciones o los requisitos establecidos en esas normas de desarrollo, en tal caso probablemente las autoridades podrán denegar la protección y el derecho no tendrá una aplicación directa (cuyo reconocimiento pretende el demandante), pero por propia falta del peticionante, no así por violación del derecho (que es de aplicación directa) o por inexistencia de una regulación previa; en estos casos existe un riesgo, que la autoridad pública encargada de dar protección, se convierta en una especie de fiscal extremo de la norma reglamentaria y basada en simples formalismos no llegue a realizar consideraciones de fondo y menos otorgue la protección de derechos directamente aplicables, cuya tutela se ha demandado<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Por ejemplo en la CPE de Bolivia, se establece que: “Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.”, en ese mérito: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, como prevén los arts. 110-I y 115-I de dicha CPE. En sentido similar, en art. 85 de la CPE de Colombia prevé que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces ... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”.

<sup>144</sup> Este es un típico caso que se da en las acciones constitucionales, que han dado lugar a una perniciosa práctica, sobre todo de tribunales de garantías constitucionales, que ni siquiera admiten las acciones, *so pretexto* del incumplimiento de exigentes formales, establecidas en las leyes de procedimiento o producto de interpretaciones constitucionales, que no hacen otra cosa que convertir a las autoridades del poder público en un obstáculo para lo protección de los derechos

Es necesario también referirse a los derechos que por mandato constitucional, precisan o requieren de una ley previa para su ejercicio, por ejemplo tratándose de los derechos políticos, no se puede realizar procesos democráticos, ni participar en justas electorales, si es que con carácter previo no existe una ley que regule dichos procesos; la mayor cantidad de ejemplos se dan dentro de los derechos de naturaleza prestacional, que establecen obligaciones positivas o actuaciones concretas de los órganos del estado de hacer o de dar, por ejemplo: el derecho de salud podrá ser directamente satisfecho, cuando existan leyes que regulen los servicios de salud (públicos o privados), la medicina tradicional, las donaciones o trasplantes de células, tejidos u órganos<sup>145</sup>, derecho al trabajo, también a sindicalizarse<sup>146</sup>; otros derechos vinculados a la extradición, asilo político<sup>147</sup> y otros, que para su aplicación de manera necesaria precisan de una regulación previa. En estos casos, la aplicación directa de los derechos está supedita a la existencia necesaria de una ley, que es producto de la voluntad política de los órganos del poder público, lo que da lugar a que los derechos en la práctica y en muchos casos, sean una simple expresión retórica que exprese buenas intenciones, lejos de ser realidad y por tanto menos de poder ser aplicados de manera directa.

En esas situaciones en las que existe un derecho consagrado formalmente y/o que forma parte del bloque de constitucionalidad, que por su naturaleza (como los derechos prestaciones referidos) o por su contenido, de manera necesaria precisan de una legislación o reglamentación para comprender su sentido y su alcance; en este caso se está ante una inacción de la autoridad pública (generalmente Órgano Legislativo, encargo de reglamentar los derechos, que muchas veces y de manera lamentable depende de la voluntad política del Órgano Ejecutivo), que deberá ser superada por otra autoridad pública (Órgano Judicial, encargado de reconocer, aplicar y proteger los derechos), en cuyo caso deberá “interpretar” el sentido y alcance de los derechos, para otorgar la tutela demanda por cualquier administrado, pues: “Si uno de los órganos de gobierno no

---

(inadmisibles en la medida que son ellos más bien quienes deben asegurar la eficacia de los derechos), que por naturaleza son directamente aplicables y no pueden estar sometidos a consideraciones puramente formales.

<sup>145</sup> Arts. 11-II, 26-II, 36-II, 39, 42-III y 43 CPE de Bolivia.

<sup>146</sup> Arts. 32 y 39 de la CPE de Colombia, con relación al art. 85 de la misma CPE.

<sup>147</sup> Arts. 35 y 36 de la CPE de Colombia, con relación al art. 85 de la misma CPE

ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano”<sup>148</sup>; de esta manera se tendría que lograr la aplicación directa de los derechos que debiendo ser reglamentados, no lo fueron.

## I.6. APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Las personas como sujetos de derechos humanos, fundamentales y constitucionales, no sólo se encuentran protegidas por el *derecho constitucional* (derecho interno público) de cada Estado, sino también por el *derecho internacional* de los derechos humanos, entendido como aquella: “... integración tutelar de los derechos humanos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional ... como una nueva rama del derecho, que se nutre de ambas disciplinas para formar una nueva”<sup>149</sup>, nueva disciplina cuyo carácter universal fue reconocido por la propia humanidad cuando los Estados suscribieron Tratados, Convenios y otros, que consagran a los derechos humanos, como un atributo ligado a la dignidad de las personas humanas.

Estos instrumentos internacionales, reconocen derechos humanos de manera extensa, con mucha profundidad y con criterio de especialidad con relación a la materia (contenido) y destinatarios; así unos se refieren a grupos de derechos destinados a todos, pero relacionados entre sí; por ejemplo los derechos de tipo civil y político, que han sido desarrollados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que en la CADH; a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya regulación es relativa a dichos tipos de derecho, al igual que el Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otros instrumentos internacionales, profundizando el criterio de especialidad solo se refieren a un tipo de derecho o a un tipo de destinatario, ejemplo: Convención Contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, la Convención sobre Derechos del

---

<sup>148</sup> Horacio Andaluz Andaluz Vegacenteno: “Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos” en *Estado de ...*, op. cit., p. 125.

<sup>149</sup> Carlos M. Ayala Corao: “Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional”. *Revista del Tribunal Constitucional* N° 6, Ed. TC, Sucre, Bolivia, 2004, p. 12.

Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, etc.

Cualquiera de los tipos de derechos, desarrollados en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando han sido ratificados por el Estado, son directamente aplicables (como se manifestó) y en principio no requieren de reglamentación previa, salvo que de manera excepcional la naturaleza del derecho exija tal situación; para comprender la aplicación de estos derechos con fuente internacional y que gozan de criterio de especialidad, es necesario hacer mención a ciertos aspectos que contribuyen a dicha aplicación en el escenario nacional, como es el tema relativo a la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, así como otros temas conexos relativos a la cláusula abierta, el bloque de constitucionalidad y la jerarquía de los tratados.

### **I.6.1 Incorporación del derecho internacional en el derecho interno**

Las normas contenidas en los Tratados y demás disposiciones internacionales, no tendrían razón de ser si no existieran los mecanismos por los cuales, esas normas internacionales formen parte del derecho interno de cada uno de los Estados y se hagan efectivas, radicando ahí la necesidad de la integración de lo uno con lo otro.

La forma o la manera en la que un tratado se aplica al derecho interno, se encuentra vinculada al tema de la incorporación del mismo (tratado) en el ámbito jurídico de cada uno de los Estados. De ahí que en algunos países, la incorporación que se realiza es de manera automática, como consecuencia de la ratificación de un tratado y puede ser invocado ante un juez nacional como parte del derecho positivo; en cambio existen otros países en los que la aplicación interna no es directa, pues se requiere una ley posterior a la entrada en vigencia.

El tema de la conexitud entre el derecho nacional y el derecho internacional y los problemas que surgen de esa relación, es un asunto que desde hace muchos años atrás ha sido objeto de debate por juristas y estudiosos del derecho, quienes han establecido la forma en la que una (derecho interno) incorpora o recibe a la otra (derecho internacional), surgiendo lo que en doctrina se ha denominado como las tesis dualista y monista, contrapuestas entre sí. Así se

tiene que, de manera posterior a la ratificación de un tratado se necesita una ley interna que recoja ese tratado y lo incorpore al derecho interno (dualismo); en cambio se tiene otra posición en sentido de que un tratado forma parte del derecho interno, con la sola ratificación de un tratado y no se necesita ninguna ley posterior (monismo).

### **I.6.1.1 La tesis del dualismo**

Responde a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano, que se sustentó en la idea de que los hechos que normaban el derecho internacional y el derecho interno eran distintos, no pudiendo haber entre ambos relaciones sobre similar materia, siendo los padres de esta escuela (Heinrich Triepen, en su obra *Völkerrechts und Landesrecht* y Anzilotti en *Il Diritto Internazionale Nel Giudizi Interni*), quienes entendieron que el derecho interno y el internacional eran dos órdenes jurídicos diferentes, por lo que una norma de derecho internacional no podía ser obligatoria en el orden jurídico interno y “para que un Tratado internacional fuera aplicable en el orden local debía ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador”<sup>150</sup>; asimismo, “se producen las consecuencias de la inaplicabilidad directa de la norma internacional, y de la necesidad de transformar un tratado internacional, es decir, para hacerlo aplicable debe convertirse en norma interna mediante un acto del legislador”<sup>151</sup>.

Lo que implica que, para que un Tratado se incorpore al derecho interno, de manera posterior a su ratificación o adhesión, es necesario que se dicte una Ley estableciendo esa incorporación de manera expresa; o lo que es lo mismo, los órganos del Estado no pueden aplicar normas internacionales, sino cuando las mismas han sido transformadas en normatividad interna a través de una ley; de ahí que un Tratado jamás podría ser parte del derecho interno, si es que con carácter previo, éste (derecho interno) no lo recoge a través de unas de sus propias fuentes (ley), siendo por ello que el derecho internacional y el derecho

---

<sup>150</sup> Martín Carrique: “Los Derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 1999*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 405.

<sup>151</sup> Rodolfo Rohmoser Valdeavellano: “Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno guatemalteco”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 2001*. Ed. Konrad -Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 261.

interno forman parte de dos ordenamientos, separados, distintos y prácticamente incomunicados entre sí, por lo que de presentarse un problema, con seguridad la forma de resolución en el plano internacional, sería sustancialmente diferente a la se podría dar en el derecho interno.

### **I.6.1.2 La tesis del monismo**

Esta tesis ha sido sostenida y desarrollada por Hans Kelsen, que hace referencia al derecho internacional y al derecho interno como un solo sistema o unidad del orden jurídico entre el derecho internacional y el interno, “acepta el principio de la subordinación de las unas a las otras en un orden rigurosamente jerárquico, siendo el derecho interno delegado del derecho internacional, sostiene la primacía del derecho internacional”<sup>152</sup>.

De acuerdo a esa posición, a partir de la ratificación o de la adhesión de un tratado, el derecho interno recibe al derecho internacional y no hace falta más, o lo que es lo mismo, no es necesario que una fuente del derecho interno (como es la ley) de recepción al tratado, ya que el mismo se encuentra dentro del derecho interno en mérito a la ratificación o adhesión. Una vez que un Tratado entra a formar parte del derecho interno (en mérito a la referida ratificación o adhesión), de manera directa y automática se inviste de titularidad a los hombres, respecto a los derechos, garantías y libertades que se reconocen a su favor, vale decir que dentro de cada Estado, los titulares de los derechos pueden exigir en su jurisdicción interna, el cumplimiento de los Tratados que una vez ratificados, forman parte de su derecho propio o de su ordenamiento jurídico y no requieren de ningún otro procedimiento.

### **I.6.2 Perspectivas complementarias**

Las corrientes encontradas del dualismo y del monismo, que establecen una forma o manera diferente de integrar el derecho internacional al derecho interno, han confluído en la aplicación del principio o de la regla del *pacta sunt*

---

<sup>152</sup> Elizabeth Iñiguez de Salinas: “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales”. *Justicia Constitucional, Memoria N° 6*, Ed. TC, Sucre, Bolivia, 2002, p. 57.

*servanda*, con lo que de inicio pareció haberse dado una salida a los desencuentros que se han dado en las tesis antes referidas.

Las controversias entre esas teorías (dualistas y monistas) parecerían perder importancia, frente a las relaciones de coordinación que se van dando entre los Estados, respecto al derecho internacional y al derecho nacional, asumiéndose una posición ecléctica entre ambas, en la medida en la que las regulaciones internas consagran y reconocen los derechos y libertades establecidas en las regulaciones internacionales.

### **I.6.2.1 Obligación de carácter negativo (*pacta sunt servanda*)**

Según Anzillotti (uno de los mayores exponentes de la tesis dualista), “la validez de una norma internacional deriva siempre del acuerdo de voluntades estatales, provenientes de la regla del *pacta sunt servanda*”<sup>153</sup>. A su vez, el mayor exponente de la tesis monista, Hans Kelsen, quien consideró que el derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales y que esos ordenes inferiores son delegados de aquél y forman con él un orden jurídico universal; también sostuvo que: “El derecho internacional ... crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir la de sus órganos y súbditos.”<sup>154</sup>.

Esa regla universalmente reconocida (*pacta sunt servanda*, a la que se hizo referencia en la Escuela positivista de Viena), junto con los principios de libre consentimiento y de buena fe, han sido expresamente consagrados en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena en 23 de mayo de 1969, por la que: “se dio una solución aparentemente definitiva al problema... resolviéndose el dilema entre el monismo y dualismo”<sup>155</sup>, cuando se

---

<sup>153</sup> César Landa Arroyo: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007, p. 879.

<sup>154</sup> Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Ed. Unión Ltda., Santafé de Bogotá, Colombia, 2000, p. 151.

<sup>155</sup> Javier Ciurlizza: “*Derecho...*”, cit. p. 246.



entendió que los pactos son para cumplirlos, o que debe haber una observancia fiel a los tratados, por lo que ningún Estado parte puede dejar de aplicar las normas de un tratado o convenio internacional invocando contradicciones con su legislación vigente<sup>156</sup>; en consecuencia, surge para el Estado una ineludible obligación de carácter negativo, pues no puede alegar disposiciones de su derecho interno para incumplir acuerdos internacionales.

La aplicación y vigencia de ese principio, implicó una transformación muy importante en el derecho positivo internacional, con referencia a la relación que existe entre tratados internacionales y derecho interno. Dicha Convención de Viena también estableció el principio fundamental de que la observancia de cualquier tratado, debe hacerse de buena fe, lo que ha sido utilizado por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

#### **1.6.2.2 Obligación de carácter positivo (coordinación)**

Si existen normas internas que son contrarias a lo dispuesto por un Tratado, las mismas (las disposiciones internas) no podrán aplicarse por el Estado, que deberá dar cumplimiento a las normas internacionales, conforme al principio *pacta sunt servanda* referido, en mérito al cual no existe la posibilidad de invocar razón alguna (como por ejemplo una contradicción) para justificar un incumplimiento. Ahora bien, corresponde preguntarse ¿qué sucede en aquellos casos en los que no existen contradicciones expresas entre normas internas e internacionales, sino vacíos en la legislación interna frente a las normas internacionales?, ahí surge un deber u obligación positiva del Estado que ha ratificado un tratado, de introducir en su legislación interna las modificaciones que sean necesarias para coordinar con lo previsto por las normas internacionales, asegurando de esa manera su cumplimiento, así como la ejecución de los compromisos adquiridos.

Algunos doctrinarios contemporáneos consideran que en el Estado de Derecho actual, por las relaciones de coordinación que existe entre el derecho nacional e internacional, implica una realidad que: “determina que haya perdido

---

<sup>156</sup> El art. 27 de la Convención de Viena manifiesta que: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

significación la controversia entre las teorías dualista y monista del derecho”<sup>157</sup>. Sin embargo de ello, otros doctrinarios de la época, señalan que se debe asumir una: “opción mixta, con elementos monistas y dualistas, a través de la tesis de la coordinación”<sup>158</sup>.

La tesis de la coordinación, es una expresión del deber positivo de cada Estado, que parte de la consideración del derecho internacional como un derecho de integración, que se caracteriza por la importante responsabilidad internacional de los Estados, que no implica un desconocimiento de las normas internas cuando las mismas se encuentren en conflicto con las de carácter internacional, al contrario su coordinación y armonización en busca de encontrar una solución equilibrada, razonable y razonada, que permitan tener vida a las normas internas dentro del plano internacional.

Dentro del SIDH, se tiene a la CADH, que establece el deber que tienen los Estados partes de adoptar disposiciones de derecho interno, cuando señala:

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>159</sup>.

Lo cual implica, que las normas del plano internacional deben integrarse y formar parte de las normas internas, para lo cual en caso de vacío, el Estado parte, asume la obligación internacional de tomar las medidas legislativas internas que sean necesarias, a fin de que los derechos y libertades reconocidos en el orden internacional, sean también regulados en el orden interno.

En una interpretación extensiva de esa norma internacional -que regula que los Estados que son parte, se comprometen y obligan ajustar su derecho interno conforme al tratado-, se establece que los Estados cuyo derecho interno es discrepante con el tratado, tienen el deber y la obligación de volverlo compatible. Ese deber se demuestra cuando se asume conciencia de que el tratado (una vez ratificado) es parte del derecho interno, lo que genera una

---

<sup>157</sup> Pablo Dermizaky P: “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 2004*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo Uruguay, 2004, p. 832.

<sup>158</sup> César Landa Arroyo: *Tribunal ...*, cit, p. 878.

<sup>159</sup> Art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

obligación a ese Estado, de reacomodar su derecho interno para no discrepar con el tratado y de esa manera, hacer efectivos y reales los derechos, garantías y libertades, reconocidos en la norma internacional, dentro de la jurisdicción de cada Estado que es parte del tratado.

### **I.6.3 Procedimiento de aprobación de los tratados**

Las tesis dualistas y monistas antes referidas, difieren sustancialmente por la forma como se integra un tratado en el derecho interno, así los dualistas además de la ratificación y aprobación del tratado, requieren que exista una ley que de manera expresa incorpore al tratado dentro del derecho interno, a diferencia de lo que sucede con los monistas, en el que es suficiente la ratificación y aprobación del tratado, sin necesidad de una ley posterior.

Ahora bien, en ese contexto general, es necesario determinar dentro de cuál de esas corrientes (dualistas y monistas) se encuentra adscritas los Estados de la región andina principalmente estudiados (Bolivia, Colombia y Perú), teniendo en cuenta lo señalado por Nogueira, quién manifestó que es el derecho constitucional de cada uno de los Estados y no el derecho internacional, es el que determina la mayor o menor cercanía con las doctrinas dualistas o monistas, pues son las propias Constituciones las que establecen la forma en la que las normas de los tratados son parte del derecho de cada uno de los Estados<sup>160</sup>; en esa línea, se pasará a analizar el derecho interno de cada uno de los Estados, para llegar a establecer cómo operan los mecanismos constitucionales que posibilitan la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos dentro del derecho interno.

Dentro del derecho constitucional latinoamericano de los países en estudio, existen regulaciones relativamente uniformes, en sentido de que los tratados se incorporan a la legislación nacional a través de simples leyes de ratificación de los convenios internacionales, es decir, sin que sea necesario que existan leyes que transcriban todo el contenido del tratado para ser obligatorio. En el caso boliviano,

---

<sup>160</sup> Humberto Nogueira: "Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5 de la Constitución chilena" en *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, N° 36, Lima, 1993, p. 10.

el art. 172 inc. 5° de la CPE establece que es atribución del Presidente suscribir tratados internacionales, a su vez, es atribución de la Asamblea Legislativa Plurinacional, ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, conforme prevé el art. 158-I.14 de la indicada Constitución; en el mismo sentido de lo regulado por el art. 189.2 con relación al art. 150.16 de la Constitución Política de Colombia, que establece como atribución del Presidente de la República como Jefe de Estado, el celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso, a su vez, el Congreso deberá aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional, aprobación que se entiende como sinónimo de ratificación, en el marco de lo señalado por el art. 93 de esa misma CPE de Colombia<sup>161</sup>.

Las regulaciones relativamente similares van difiriendo en cada uno de esos países con relación a la aprobación de tratados en materia de derechos humanos. Así tratándose del Perú se establece que si bien es atribución del Presidente celebrar tratados y del Congreso, aprobar los mismos, en el marco de lo señalado por los arts. 118-11 y 102.3 de la CPE (como en líneas generales se señala en las CPE de Bolivia y Colombia), es posible que solo el Presidente pueda celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, en materias que no sean las referidas a derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado y tributos, conforme prevén los arts. 56 y 57 de dicha CPE del Perú, es decir que solo en dichas materias (derechos humanos, entre otros) es obligatoria la aprobación del Congreso, en el resto no<sup>162</sup>.

Tratándose de Colombia y de la aprobación de tratados en materia de derechos humanos, resulta importante la previsión del art. 164 de la CPE que establece que el Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley

---

<sup>161</sup> El art. 93 de la CPE establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

<sup>162</sup> Lo que evidencia un marcado sistema presidencialista, en la medida en que fuera de las circunstancias detalladas (derechos humanos y otros), es posible la aprobación de un tratado y su integración al derecho interno, pero no como consecuencia de una ley ratificatoria o aprobatoria del Congreso (como en el caso de Bolivia y Colombia), sino que es suficiente la voluntad presidencial de ratificación o adhesión algún tratado, al margen de la actividad del Congreso que implica la tradicional separación de los poderes del Estado, a través de los frenos y contrapesos que se dan entre los órganos del poder público.

aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno, lo que implica que el órgano legislativo de prevalencia y preferencia a la aprobación de tratados de esa naturaleza, con su correspondiente integración al derecho interno; no deja de ser importante la regulación del art. 224 de esa misma CPE<sup>163</sup>, que establece la aplicación provisional de un tratado, mientras dura el tratamiento de su aprobación en el Congreso, lamentablemente referida a tratados en materia económica y comercial, no así en el campo de los derechos humanos, que habría sido lo ideal.

No deja llamar la atención, dos importantes regulaciones normativas en las CPE de Colombia y Bolivia (arts. 93 y 256-I, respectivamente), que se refieren a tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Congreso, los mismos que prevalecen en el orden interno, cuando declaran derechos más favorables que los contenidos en la misma Constitución, a los que se volverá hacer referencia cuando se haga mención al principio de jerarquía normativa; también no deja de ser importante la previsión del art. 55 de la CPE del Perú, que establece que los tratados (de derechos humanos) celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Con relación a tratados que no estén relacionados de manera necesaria con el tema referido a derechos humanos, resulta ser llamativa la nueva regulación que se estableció en Bolivia en la CPE de 2009, en la que se señala cuatro situaciones por las que previo a la ratificación de un tratado mediante ley, deberá ser aprobado el mismo (tratado) mediante un referendo popular vinculante, con carácter obligatorio, cuando la ratificación de tratados internacionales impliquen: cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco del proceso de integración<sup>164</sup>. Esa enunciación no es limitativa, pues otra norma abre la posibilidad de que cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular, cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón

---

<sup>163</sup> Que señala que: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.”

<sup>164</sup> Art. 257-II de la CPE de Bolivia.

electoral o el 35 por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, iniciativas que también podrán utilizarse para solicitar al órgano ejecutivo la suscripción de un tratado<sup>165</sup>.

Es cierto que por razones de seguridad interna y de soberanía, existen ciertos temas o asuntos que son sensibles o que pueden ser sujetos a una regulación especial, tal por ejemplo los asuntos referidos a cuestiones limítrofes u otros; sin embargo no es menos cierto, que esos temas u otros que se consideren así de importantes, como son aquellas relaciones que tengan vinculación de naturaleza económica (integración monetaria y económica) o las que impliquen una “cesión” de competencias y resten soberanía, son todos asuntos que bien pueden ser negociados por quienes comparten la responsabilidad en los tratados como son los Órganos Ejecutivo y Legislativo; establecer que tratados vinculados a esos temas sensibles, tengan que ser de manera obligatoria, previamente ratificados por el titular de la soberanía o por el pueblo a través de un referendo, constituye una expresión de una extrema de la participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas a través de mecanismos de democracia directa, que por un lado implica un coste determinado y por otra, la posibilidad de truncarse tratados que regulen relaciones de los Estados, en el marco del derecho internacional.

Ahora bien, la posibilidad establecida y abierta en sentido de que un determinado porcentaje de ciudadanos registrados en el padrón o de representantes nacionales, puedan por una parte solicitar al órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado y por otra, si el tratado ya está suscrito, el mismo sea ratificado por los titulares de la soberanía a través de un referendo, antes de su aprobación por una ley; constituye un gran avance, pues expresa un régimen de gobierno democrático y participativo, donde se deja abierta la posibilidad -con carácter potestativo (aunque no discrecional)-, que cualquier tema de interés nacional o que se encuentre vinculado a asuntos de soberanía que merezcan un trato diferenciado, se someta a un procedimiento de celebración de tratados especial; que no es el que se aplica en otras situaciones que no sean de tanta relevancia para el interés nacional, en los que para que un tratado forme parte del derecho interno, es suficiente la existencia de una ley que lo ratifique.

---

<sup>165</sup> Art. 259-I de la CPE de Bolivia.

Las previsiones constitucionales antes señaladas, posibilitan la integración plena de las normas internacionales de derechos humanos, con las normas del derecho interno de cada uno de los Estados, al margen de las corrientes dualistas o monistas, que siempre han dado lugar a divergentes posiciones doctrinales, considerándose que de manera más clara, Bolivia y Colombia, se han acogido a la tesis monista, aunque pueda asumirse como una de tinte moderado, en cuanto no existen tesis que se apliquen en modelos estrictamente puros, así se tiene que es monista, pues con la ratificación o adhesión (a través de una ley) en forma automática el tratado de derechos humanos entra en vigor, se incorpora al derecho interno y puede ser aplicada e invocada como parte del ordenamiento jurídico, produciéndose la unidad del orden jurídico internacional con el interno, no siendo necesario que después de la ratificación, se requiera una ley posterior como condición para su aplicación interna, es decir que el órgano legislativo no tiene que emitir ley alguna, a efectos de aplicar lo que se ha dispuesto en el tratado ratificado.

#### **I.6.4 Jerarquía de los tratados**

Las discusiones, posiciones doctrinales y regulaciones que existen en los diversos Estados, respecto a la ubicación jerárquica de las normas del derecho internacional con relación a las del derecho interno y viceversa, son abundantes y diversas y, lejos de restarse importancia a ese tipo de análisis, son amplios los estudios que buscan regulaciones que logren un equilibrio entre los intereses de los Estados y del contexto internacional, con relación a las pretensiones que -en cada uno de los países- tienen los seres humanos, como destinatarios finales de las normas (internacionales e internas), independientemente de la nacionalidad de cada uno de ellos.

Por una parte, se sabe que las normas de derecho internacional son creaciones jurídicas, que se logran a través de acuerdos que se establecen entre los diferentes Estados, surgiendo y desarrollándose el denominado derecho internacional de los derechos humanos, que se constituye en una fuente del derecho interno, al que penetra hasta lograr una integración plena, entre los

tratados internacionales con las soluciones que se van dando en el derecho interno de cada uno de los Estados.

Por otro lado, la Constitución Política de cada uno de los Estados, es la que establece la manera de cómo se producirá la relación entre el derecho internacional con el derecho interno, o la forma como el uno se incorpora en el otro, además de fijar la ubicación y jerarquía de las normas internacionales (sean denominados tratados, convenios, convenciones, protocolos, concordatos, estatutos, etc.) en la jurisdicción interna; vale decir que, son las Constituciones de los diferentes países, las que definen la posición y jerarquía en su derecho interno, de los tratados internacionales existentes en dicho país, siendo cuatro las corrientes que en el contexto internacional, se refieren a la jerarquía de los tratados, así se habla de jerarquía: supraconstitucional, constitucional, supra legal y legal.

Las Constituciones Políticas de los diferentes Estados, no siempre abordan de manera sistemática el tema de las fuentes del derecho y su jerarquía dentro del ordenamiento, tal como sucede en las Constituciones Políticas de los Estados de Bolivia y el Perú, en las que los constituyentes no asumieron un orden riguroso ni muy técnico cuando regularon la jerarquía normativa de los tratados, pues de manera dispersa y hasta innecesaria se han dado previsiones que en su contenido literal pueden llevar aparentes contradicciones, que dan lugar a confusiones y equivocaciones al momento de su interpretación, al variar de manera considerable la jerarquía de los tratados, según la posición aislada que se adopte en una u otra norma.

En ese sentido, en Bolivia los tratados en materia de derechos humanos resultarían tener una jerarquía: a) supraconstitucional a partir de unas cláusulas de preferencia o prevalencia en materia de derechos humanos<sup>166</sup>; b) constitucional, por ser los tratados de derechos humanos parte integrante del bloque de constitucionalidad<sup>167</sup>; c) supra legales por el orden formal, ya que se

---

<sup>166</sup> Como se tiene de la lectura de los arts. 256-I y la primera parte del art. 13-IV de la CPE.

<sup>167</sup> El art. 410-II de la CPE señala: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país."



enumera a los tratados antes que las leyes<sup>168</sup> y; d) legal, por la forma como se incorporan al derecho interno<sup>169</sup>.

Tantas posibilidades y confusiones, también se generan en el contenido de la CPE del Perú, en el que los tratados sobre derechos humanos pueden tener un rango: a) supraconstitucional, a partir de la supremacía de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, frente a la Constitución Política<sup>170</sup>; b) constitucional cuando se regula que los tratados forman parte del derecho interno<sup>171</sup>; c) supra legal, considerado lo dispuesto en una disposición final y transitoria<sup>172</sup> y; d) rango legal, teniendo en cuenta la enumeración que se realiza de las normas que -con rango legal- pueden ser sometidas a control constitucional, tal los tratados, a los que se hace referencia sin realizar ninguna distinción entre los instrumentos sobre Derechos Humanos y los tratados con algún otro contenido, dándoles a todos el mismo valor -legal- dentro de la jerarquía<sup>173</sup>.

Para evitar errores en la manera de comprender los artículos aislados de cualquier Constitución, es necesario aplicar los principios de interpretación

---

<sup>168</sup> Ya que en el Art. 410-II CPE establece un primer lugar para la CPE, un segundo para los tratados internacionales y un tercer lugar se da a las leyes.

<sup>169</sup> Arts. 158-I.14 y 172.5 con relación al art. 257-I de la CPE, el último que expresamente establece que: “Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”. Recordando que es el Órgano Ejecutivo, a través del Presidente del Estado el que suscribe un tratado internacional, correspondiendo al Órgano Legislativo o Asamblea Legislativa Plurinacional, ratificar dicho tratado celebrado por el Ejecutivo; esa ratificación que se produce a través de una ley de carácter nacional, hace ingresar al ordenamiento interno del Estado ese instrumento internacional, que tiene carácter normativo, siendo por ello vinculante y de aplicación directa a todos.

<sup>170</sup> Esto puede derivarse a partir del análisis del art. 57 de la CPE, cuyo párrafo segundo señala que: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.”

<sup>171</sup> El art. 55 de la CPE del Perú, establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

<sup>172</sup> Así, la ubicación dentro de esa jerarquía normativa, se la considera a partir del contenido de la disposición final y transitoria cuarta de la CPE, que establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

<sup>173</sup> Esto se entiende a partir del contenido del art. 200 de la CPE, que al referirse a las garantías constitucionales, señala en el punto 4 a: “La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen *rango de ley*: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

constitucional<sup>174</sup>, tal una interpretación sistemática de las normas constitucionales, aplicando los principios: a) de la unidad de la Constitución ... la Constitución contiene un conjunto de normas relacionadas y coordinadas entre sí que forman una totalidad; b) de la concordancia práctica ... buscarse la coherencia de las normas constitucionales en los casos de aparentes contradicciones entre sí; y, c) de la eficacia integradora ... si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad<sup>175</sup>.

En el caso boliviano, aplicando la interpretación sistemática señalada, se parte el análisis de la primera parte del art. 13-IV de la CPE que establece que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”<sup>176</sup>; norma que concuerda con la previsión establecida en el art. 256-I de la misma Constitución que señala que: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”<sup>177</sup>. En virtud a esas previsiones constitucionales, estudiosos bolivianos como el Dr. Willman Durán, señaló que de esa regulación normativa: “se extrae que los derechos contenidos

---

<sup>174</sup> Destinados en primer término al operador de justicia, pero también sirve a todas las personas, que por razones académicas o de cualquier naturaleza, quieren comprender el contenido de una CPE.

<sup>175</sup> Como expresó el TC de Bolivia en la DC 0001/2006, de 16 de enero.

<sup>176</sup> Esta cláusula de prevalencia y en definitiva, de favorabilidad hacia la defensa y protección de los derechos humanos, tiene como antecedente la previsión contenida en el primer párrafo del art. 93 de la CPE de Colombia de 1991, reformada el 2005, según la cual: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

<sup>177</sup> La cláusula de favorabilidad que existe en Bolivia, tienen como antecedentes las regulaciones normativas que se han establecido en otras Constituciones Políticas de países americanos, tal la de Venezuela, que en su CPE de 1999, en el art. 23 señala: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”. Constituciones posteriores como la del Ecuador de 2008, siguen la misma línea, cuando el párrafo segundo del art. 424 expresa: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

en el sistema internacional de protección de los derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional”<sup>178</sup>.

A partir del contenido de esas cláusulas de favorabilidad, se tiene que una norma con fuente internacional, cuando declare derechos más favorables que la Constitución tiene mayor jerarquía con relación a normas supremas del ordenamiento jurídico (sea boliviano, colombiano, venezolano); cláusulas que constituyen un avance en el desarrollo del constitucionalismo, en la medida que a través de sus normas se logra una mayor protección hacia el ser humano en mérito al principio *pro homine*, según el cual el derecho debe interpretarse y aplicarse de la manera que más favorezca al ser humano, de ahí surge: “la tesis de que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre ella”<sup>179</sup>, es que no en pocas oportunidades ocurre que la persona humana, como sujeto del derecho internacional, con normas internacionales de derechos humanos, se encuentra mejor protegida que con las normas del propio Estado.

Cuando se habla de jerarquía supra constitucional, no solo está vinculada a la existencia de cláusulas de favorabilidad, sino también a otro tipo de regulaciones en las que de manera expresa se establece la primacía de las normas internacionales sobre la propia CPE, tal el caso de Guatemala, que es un país de Latinoamérica, que cuenta con una de las Constituciones más avanzada en materia de derechos humanos, cuando se señala la: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”<sup>180</sup>; debe entenderse que si la CPE forma parte del derecho interno, “por ende no hay duda de que los tratados de derechos humanos son supra constitucionales”<sup>181</sup>.

Finalmente, haciendo referencia a la jerarquía supra constitucional de los tratados de derechos humanos y las cláusulas de favorabilidad que existen en

---

<sup>178</sup> Willman Durán Ribera: “La Constitución vigente y sus leyes de desarrollo ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?” en *Revista Boliviana de Derecho Iuris Tantum* N° 11, enero/2011, Santa Cruz, p. 11.

<sup>179</sup> Rubén Hernández Valle: *Derechos...*, op. cit., p. 47.

<sup>180</sup> Art. 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reformada en 1993.

<sup>181</sup> Allan Brever-Carías: “Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Justicia Constitucional”. *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Justicia y Seguridad*. San José de Costa Rica, 2003, p. 17.

algunos países, es necesario dejar establecido que cuando exista un conflicto entre una norma constitucional con otra internacional, debe resolverse acogiendo la norma más benigna al ser humano, controversia que será definida no solo el órganos que sea controlador de la Constitucionalidad (Tribunal Constitucional, Corte Constitucional u otro) -que si bien es el máximo garante de los derechos y garantías constitucionales-, sino también todo otro órgano que forme parte del Poder Judicial, todos los que como operadores de justicia, ejercen una función tutelar de los derechos, debiendo aplicar de manera directa los derechos invocados por las personas que solicitan protección de fuente internacional y que sean más favorables a los derechos de fuente nacional; asimismo las autoridades del órgano legislativo, al cumplir con sus actividades ordinarias, deberán crear leyes que no restrinjan ni limiten los derechos y garantías.

Otro grado de jerarquía es la de tipo constitucional, cuando de manera expresa o hasta implícita, queda claro que la Constitución (como norma interna) y los tratados (como normas internacionales) tienen la misma jerarquía o se encuentran en un plano de igualdad, en la medida en que no se contradigan, al contrario se complementen, formando parte todas de un sistema jurídico de protección de los derechos humanos, con dos fuentes: una nacional y otra internacional, lo que implica no solo una jerarquía constitucional, sino que gocen de una fuerza material constitucional.

Un país que reconocía de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados, fue el Perú que en la CPE de 1979 en el art. 105 establecía en forma inobjetable el rango constitucional cuando señalaba que los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que regía para la reforma de la Constitución. Lamentablemente este tipo de regulación ha sido transformada en la CPE de 1993, en la que se produjo un retroceso, pues la jerarquía constitucional ya no se encuentra establecida de manera expresa, sino que de manera implícita se la puede llegar a establecer a través de una serie de normas, por ejemplo la contenida en el art. 3<sup>182</sup>, en la que se realiza una enumeración de los derechos fundamentales que están en la CPE, sin excluirse a otros derechos que estén

---

<sup>182</sup> Que señala que: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

contenidos en tratados internacionales sobre Derechos Humanos; asimismo; asimismo en el art. 55 de la CPE, se establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, de lo que se tiene que esos instrumentos internacionales, gozan de jerarquía constitucional.

Otros países de Latinoamérica, como la Argentina, cuentan con normas en sentido de que la Constitución y los tratados, son Ley Suprema de la Nación; asimismo, de manera específica y expresa se reconoce que ciertas Declaraciones, Convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, tienen jerarquía constitucional<sup>183</sup>.

En el caso Boliviano, el análisis sobre la jerarquía constitucional, tendría que partir de la consideración del contenido del art. 410-II de la CPE que establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico ... El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”; de esta previsión se desprende dos fuentes del derecho, la una interna (CPE) y la otra fuente es de raigambre internacional (tratados de derechos humanos ratificados por el Estado), es decir que los derechos consagrados en cualquiera de esas previsiones normativas, tienen rango constitucional, aún en el caso de que se trate de convenios u otros instrumentos internacionales que contenga previsiones menos favorables o no favorables al ser humano, en un razonamiento a *contrario sensu* del art. 256-I de dicho cuerpo normativo. También tienen rango constitucional y forman parte del bloque de constitucionalidad, las normas del derecho comunitario, que se entiende tengan previsiones relativas a la materia de derechos humanos, tal la Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos, adoptada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de 2002 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)<sup>184</sup>.

En consecuencia, en Bolivia son normas con rango constitucional: a) los derechos previstos en la CPE Plurinacional; b) los derechos contenidos en los tratados y convenios sobre derechos humanos (ratificados por el Estado) y que

---

<sup>183</sup> Arts. 31 y 75 num 22 inc. 2 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994.

<sup>184</sup> Carta que lamentablemente, a nivel comunitario, no tuvo mayor vigencia ni aplicación.

forman parte del bloque de constitucionalidad<sup>185</sup>, que tengan igual contenido que los constitucionales o contengan declaraciones menos favorables y; c) los derechos humanos desarrollados en el derecho comunitario (ratificado por el Estado).

Dentro de la gradación jerárquica de los tratados, también está la jerarquía supra legal, en este tipo de jerarquización normativa, los tratados se encuentran en una situación superior a las leyes ordinarias, sin que ello implique que modifiquen a la Constitución Política, o lo que es lo mismo, la Constitución otorga a los tratados una jerarquía superior a las leyes, pero debajo de la Constitución Política. Entre los países que tienen ese tipo de reconocimiento normativo, se encuentra Costa Rica, cuyo art. 7 de la CPE señala que: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, tendrán autoridad superior a las leyes ...”<sup>186</sup>.

Por el valor superior que tienen los tratados sobre las normas legales del derecho interno, se busca de alguna manera armonizar el derecho interno con el derecho internacional, subordinando lo nacional a lo internacional, buscándose: “una integración esencial entre el derecho internacional y el derecho nacional - infraconstitucional-, en la medida que al regular una misma materia por el principio de jerarquía, el tratado prevalece sobre la ley”<sup>187</sup>.

Finalmente, se puede hablar de la jerarquía legal, cuando los tratados tienen el mismo rango que una ley interna, cuando una CPE en forma expresa establece esa gradación o cuando no se ha previsto nada y se deduce de la relación de sus normas, vinculadas a la aprobación del tratado por una ley interna; en consecuencia, a partir de la manera o la forma de integración del derecho interno con el derecho internacional, se puede llegar a considerar que los tratados tienen el rango de ley, tal como sucede en Bolivia, Colombia, Perú y otros países, en el que un tratado celebrado por el Ejecutivo, forma parte del derecho interno a través de una Ley ratificatoria o una Ley aprobatoria -como se ha manifestado-.

En el caso boliviano, en el marco de los señalado por los arts. 59 num. 1 y 12, 81 y 228 de la CPE abrogada de 1967 y posteriores reformas, una posición

---

<sup>185</sup> El Tribunal Constitucional, en SC 0101/2004, al referirse a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, reconoció que los mismos: “integran el bloque de Constitucionalidad y, por tanto, tienen rango constitucional”.

<sup>186</sup> Constitución Política de Costa Rica de 1949, reformada por Ley 4123 de 31 de mayo de 1968.

<sup>187</sup> César Landa Arroyo: *Tribunal ...*, cit, p. 890.

mayoritaria de la doctrina consideró que si el Legislativo es el encargado de aprobar los tratados a través de una Ley, utilizando el procedimiento legislativo que se aplica para la sanción de cualquier ley ordinaria, por la forma del trámite de aprobación, el tratado adquiere la jerarquía o rango de ley y como tal, subordinada a la CPE<sup>188</sup>.

Ese entendimiento se ha ampliado por la posición que en algún momento asumieron algunos administradores de justicia, tal los vocales de la Corte Superior del Distrito de Santa Cruz, que en el informe que presentaron en su calidad de autoridades recurridas en un recurso de amparo constitucional, señalaron: “ ... si bien el Estado Boliviano suscribió Convenciones y Tratados Internacionales, primero se debe a la Constitución y a las Leyes internas”, similar aseveración expresó el Juez Quinto de Instrucción en lo Penal, quién manifestó: “según la pirámide de Kelsen, la Constitución está por encima de todas las normas, inclusive sobre los Tratados Internacionales, que tienen el rango de Ley”<sup>189</sup>. Lo expresado por dichas autoridades judiciales, evidencian la posición de muchos de ellos, en sentido que se someten primero a la Constitución y que los tratados tienen en rango de ley de la República.

Sin embargo, esas deducciones e interpretaciones que se han realizado de normas constitucionales por doctrinarios y administradores de justicia, no dejan de ser eso, posiciones que en un momento determinado han asumido doctrinarios, administradores de justicia y otros, como resultado de una insuficiente regulación normativa de la CPE abrogada, que no establecía disposiciones expresas que determinen la gradación jerárquica o el rango que tiene un tratado dentro del ordenamiento jurídico interno.

Ese criterio resulta estrecho en el contexto de la CPE actual o de 2009, en la que si bien se mantienen esas normas relativas a dichas atribuciones constitucionales (del Presidente del Estado de negociar tratados y de la Asamblea

---

<sup>188</sup> Quienes consideran que los tratados en general, tienen rango de ley, están: Elizabeth Iñiguez de Salinas: “Jerarquía Constitucional ...”, cit. p. 63; Pablo Dermizaky P: “Derecho constitucional, derecho internacional ...”, cit. p. 833; Jaime Prudencio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Juventud, La Paz, Bolivia, 1989, p. 54, entre muchos otros.

<sup>189</sup> Lo manifestado por esas autoridades judiciales (vocales y juez de la ciudad de Santa Cruz), se encuentra relacionado en SC N° 1190/01-R de 12 de noviembre, en la que consta el informe que prestaron, cuando fueron demandados en el recurso de amparo constitucional que planteó Antonia Gladys Oroza vda. de Solón Romero, por José Carlos Trujillo Oroza, como consecuencia del incumplimiento de lo determinado por la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (única que se emitió contra el Estado boliviano en el denominado caso Trujillo Oroza).

Legislativa Plurinacional de ratificarlos mediante ley), además de otras en ese sentido, tal lo señalado en el art. 257-I de la CPE que establece que: “Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.”; sin embargo no por ello puede llegarse a considerar que en Bolivia en la actualidad exista una jerarquía legal de los tratados, pues un entendimiento de esa naturaleza implicaría desconocer el contenido de otras previsiones constitucionales, que permiten llegar a la conclusión de que en Bolivia los tratados tienen por una parte una jerarquía supra constitucional (arts. 13.IV y 256-I de la CPE) y por otra una jerarquía constitucional de los tratados (arts. 410-II y a contrario sensu del art. 256-I de la CPE), en la medida que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, pueden tener un carácter superior al de la propia CPE en mérito al principio de favorabilidad, o gozar del mismo rango constitucional conforme a un principio de igualdad, de acuerdo a los argumentos antes expresados.

Además debe también tenerse en cuenta que la competencia que tiene el Legislativo en esta materia, es una de carácter formal, en cuanto si bien emite una ley de aprobación de un tratado, no por eso va a entenderse que su actividad es fuente creadora de normativa internacional, al contrario, serán los Estados que expresan sus voluntades, quienes en definitiva son los que instituyen la norma como fuente de los derechos internacional e interno.

Finalmente debe manifestarse que una jerarquía legal de los tratados de derechos humanos, resulta ser una jerarquía inconsistente en el ámbito del derecho internacional público, por el principio *pacta sunt servanda*<sup>190</sup>, en mérito al cual, ningún Estado puede hacer valer sus normas internas para oponerse a las internacionales, o incumplir sus determinaciones evadiendo responsabilidad internacional. Es que desde el punto de vista del derecho internacional, ninguna norma interna de un Estado es superior a las establecidas en los tratados de derechos humanos, o lo que es lo mismo, la Constitución no puede ser preferida a un tratado (cuando hay contradicciones entre ambos), mucho menos hay posibilidad de que las leyes prevalezcan sobre los tratados, ni que tengan el mismo rango que ellas; por todo lo que mal podría alegarse que una Constitución

---

<sup>190</sup> Art. 27 de la Convención de Viena de 1969, referida.



-por más suprema que sea-, le de mérito para incumplir un tratado, mucho menos respecto a leyes, que siempre deben considerarse como inferiores a los tratados.

### I.6.5 Bloque de constitucionalidad

El origen de la expresión “bloque de constitucionalidad” es francés, a partir de una Decisión D-39, de 19 de junio de 1970, a través de la que el Consejo Constitucional Francés<sup>191</sup> entendió que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 formaba parte de las normas con *valeur constitutionnelle*; posteriormente dicho órgano de control político y previo de constitucionalidad, en la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, también entendió que una ley cuestionada de inconstitucionalidad debía ser analizada no solo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también dentro de los parámetros de normas con valor constitucional como son las contenidas en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues si bien dicha Declaración constituía un documento distinto al de la Constitución, ésta era aludida directamente por su preámbulo<sup>192</sup>; todo lo que en el fondo implica la existencia de normas que no siendo formalmente constitucionales, sin embargo, sirven de parámetro para determinar la validez o la constitucionalidad de una ley, es decir: “de la distinción entre lo que formalmente integra la Constitución de aquellas leyes que si bien formalmente tienen en el ordenamiento una jerarquía inferior, sin embargo por su contenido forma parte del concepto de Constitución”<sup>193</sup>.

A partir del origen francés de la doctrina del bloque de constitucionalidad, ésta fue asimilada por otros países de Europa y llegó hasta Latinoamérica, en la

---

<sup>191</sup> Hay que tener presente que Francia el sistema de control de constitucionalidad es uno de tipo político, en la medida que es un órgano político, como es el Legislativo (constituido sobre la base de una designación política) el que cuenta con un Consejo Constitucional de Francia, que es *sui generis*, encargado de la defensa de la Constitución, a través de un control previo, pues se realiza antes de que la disposiciones legislativa entre en vigencia.

<sup>192</sup> El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 señala: “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ...*”.

<sup>193</sup> Distinción entre la Constitución y leyes constitucionales (como son aquellas que aprueban tratados internacionales, dentro de una jerarquía legal de los tratados), que ha sido desarrollada por Carl Schmitt, citado por Edgar Carpio Marcos: “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes” en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*, T. II, Ed. Grijley, Lima, 2005, p. 899.

que muchos países como Bolivia, Colombia y Perú la recibieron, lo que ha dado lugar a que órganos de protección constitucional en su jurisprudencia expresen aquello, indicándose que: “la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; dicha teoría expone que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucional de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su Constitución normas a las que concede ese valor supra legal que las convierte en parámetro de constitucionalidad”<sup>194</sup>.

El alcance del bloque de constitucionalidad como se entendió en su origen, también ha sido estudiada por la doctrina, así Rodrigo Uprimny -entre muchos otros-, considera que: “El bloque de constitucionalidad es ... un intento por sistematizar jurídicamente (un) fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional-”<sup>195</sup>; vale decir que existe un catálogo de derechos consagrados formalmente en la Constitución Política de un determinado Estado, pero esos derechos no son los únicos pues existen y se aplican en esa comunidad política, otros derechos que inclusive son más numerosos, los mismos que si bien no se encuentran en la Constitución formal, tienen vida material y gozan de igual fuerza constitucional dentro de dicha comunidad, que son los derechos que devienen de instrumentos internacionales ratificados por el Estado; ahí ya se puede hablar del bloque de constitucionalidad.

La aplicación de la doctrina del bloque de constitucionalidad tuvo alguna dificultad en Bolivia, porque la CPE abrogada en su contenido no tenía ninguna

---

<sup>194</sup> Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 45/2006.

<sup>195</sup> Rodrigo Uprimny: *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, p. 2; disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/2008/documents/RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1>. Entender el bloque de constitucionalidad, a partir de norma formal y materialmente constitucional, no ha sido un tema ajeno a las críticas de otros sectores doctrinales, como la opinión de Juan Luis Requejo Pagés, para quién: “Hablar de Constitución en sentido formal y, por contraste de Constitución en sentido material es, jurídicamente, tan incorrecto (...) como referirse a la Trinidad disociando la terna, indisoluble, que la compone”, citado por Edgar Carpio Marcos: “Bloque ... op. cit, p. 900.

norma que de manera expresa reconozca el bloque de constitucionalidad, menos que se declare la fuerza normativa de los derechos y principios declarados en instrumentos internacionales (ratificados), aspecto que a partir del art. 35 de esa Constitución o cláusula abierta<sup>196</sup>, tuvo que ser superado por las interpretaciones que al efecto desarrolló el Tribunal Constitucional; en consecuencia dicha cláusula abierta, se constituyó en el vehículo o en el medio que permitió incorporar al bloque de constitucionalidad, los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales ratificados por Bolivia, por tanto derechos aplicables de manera directa, así como derechos que a ser tutelados por las autoridades del Estado boliviano, incluso han servido de parámetro para el juicio de constitucionalidad.

La doctrina del bloque de constitucionalidad y su relación con la cláusula abierta, empezó a aplicarse en Bolivia a través de la interpretación integradora que realizó el Tribunal Constitucional en SC 95/2001 de 21 de diciembre, en la que se manifestó: “es deber del Estado ... (asegurar) ... a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes ordinarias”, a partir de ese razonamiento, quedaron integrados al catálogo de la CPE, todos los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios (expresamente ratificados) como parte del bloque de constitucionalidad, con fuerza y rango constitucional.

En consecuencia, los derechos consagrados en los tratados y convenios internacionales ratificados, pese a no siempre formar parte de su articulado formal, tienen igual fuerza normativa que los derechos declarados en la propia Constitución<sup>197</sup>; por eso se manifestó que: “las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia

---

<sup>196</sup> El art. 35 de la CPE de 1967 y posteriores reformas, señalaba: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciadas que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

<sup>197</sup> Tal como ocurre en Bolivia, a partir del contenido del art. 410-II de la CPE, a la que se hará referencia posterior.

Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional”<sup>198</sup>.

Las interpretaciones constitucionales sobre el bloque de constitucionalidad, se fue consolidando a través de diversos fallos constitucionales e incluso votos disidentes, así el 2002 se hizo referencia a las normas internacionales como parte del bloque -vía cláusula abierta-<sup>199</sup>; por otra parte el año 2003, se complementó el entendimiento, al expresar el momento exacto en el que se integran ambos derechos (internacional e interno), que es cuando son aprobados por ley, quedan incorporados en la legislación interna<sup>200</sup>, de tal manera que los derechos consagrados en los tratados internacionales, se entienden que forman parte de la Constitución<sup>201</sup>, por tanto son integrantes del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad<sup>202</sup>, tal por ejemplo, el derecho político que tienen los ciudadanos de participar en asuntos públicos; en consecuencia todos esos derechos son evocables por las personas y deben ser tutelados por el Estado. De ahí que se manifestó que: “en el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, otorgarle a los derechos humanos

---

<sup>198</sup> Rodrigo Uprimny: *Bloque ...*, op. cit., p. 2

<sup>199</sup> A la SC 10/2002 de 30 de enero, el Dr. José Antonio Rivera, emitió una fundamentación de voto disidente de 22 de febrero de 2002, expresando: “las normas previstas en los arts. 17-2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 21-2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales que al tenor de lo dispuesto por el art. 35 de la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad al haber sido ratificados y aprobados por el Estado Boliviano”.

<sup>200</sup> SC 1494/2003-R de 22 de octubre, en la que se expresó: “... los instrumentos internacionales que proclaman los derechos humanos y forman parte del Bloque de Constitucionalidad al haber sido ratificados e incorporados a la legislación interna mediante Ley de la República”.

<sup>201</sup> SC 1420/2004-R, de 6 de septiembre, se manifestó: “(...) conforme estableció este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.”;

<sup>202</sup> SC 0069/2004 de 14 de julio, en la que se señaló: “De otro lado, se tiene que la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Convención que en el art. 23 antes citado, proclama el derecho político de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos; en consecuencia, el referéndum forma parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, pues los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, tienen carácter normativo y son de aplicación directa”.

internacionales el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución”<sup>203</sup>.

No es menos importante aquella jurisprudencia que fijó que las normas de derecho internacional, contenidas en declaraciones, tratados, convenios o pactos internacionales, “forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas”, como se señaló en SC 0102/2003 de 4 de noviembre; en ese razonamiento, se tiene que el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias, que puede realizar el Tribunal Constitucional, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la CPE, se amplía al juicio de constitucionalidad que puede efectuarse, también con relación a las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales, normas de derecho internacional que pueden ser invocados por los legitimados activos o por quienes tengan interés en que se promueva un recurso constitucional.

Otra de las líneas que desarrolló el Tribunal Constitucional en materia relativa a la cláusula abierta y del bloque de constitucionalidad, está el razonamiento de la SC 0045/2006 de 2 de junio, que señala que: “... no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino sólo aquellos referidos a los derechos humanos”; esa apreciación, constituye una innovación en la interpretación que vino realizando el Tribunal Constitucional, pues a partir de la misma, quedó claramente establecido que sólo forman parte del bloque de constitucionalidad derechos y garantías propias del derecho internacional de los derechos humanos, interpretación que parece ser muy razonable.

Finalmente, al desarrollar la doctrina del bloque de constitucional, el Tribunal Constitucional de Bolivia entendió que la interpretación de los derechos desarrollados en la CPE, debe realizarse de conformidad con los instrumentos internacionales, que son de carácter normativo y de aplicación directa<sup>204</sup>; existe

---

<sup>203</sup> Carlos Ayala Corao: “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los Derechos Humanos” en *Libro Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, T I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, IIDH, 1998, p. 351.

<sup>204</sup> SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la que se expresó que: “(...) este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, estableció que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico

una cantidad enorme de Sentencias Constitucionales, que aplicando instrumentos internacionales, ha interpretado el alcance de los derechos fundamentales y constitucionales; por ejemplo, el derecho a la vida, consagrado en el art. 7 inc. a) de la CPE, con relación al art. 3 de la DUDH y 4 de la CADH<sup>205</sup>; o la garantía al debido proceso y derecho de defensa, reconocidos en el art. 16-II y IV de la CPE con referencia a los arts. 10 y 11 de DUDH, 18 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, 9, 10 y 27 de la CADH<sup>206</sup>.

La CPE actual de 2009, supera las deficiencias que tuvo la abrogada, y reconoce de manera expresa la doctrina del bloque de constitucionalidad, cuando en su art. 410-II de manera expresa declara que: “El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.”; es decir que además del amplio catálogo de derechos que consagra, reconoce la doctrina del bloque, según la cual los derechos no se quedan en los señalados en la CPE, sino que existen otros derechos que están previstos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y normas de derecho comunitario, los que tienen rango constitucional, por tanto gozan de fuerza y valor constitucional, por su carácter normativo y de aplicación directa.

Se solidifica la doctrina del bloque constitucional, cuando además se tiene en cuenta el art. 13-II de la CPE, que señala que: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”, norma que en concordancia con el párrafo IV antes referido,

---

del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”

<sup>205</sup> SC 1527/2003-R de 27 de octubre, en la que se manifiesta: “La preponderancia de la vida y de la salud, como derechos humanos esenciales, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política del Estado, sino también en diversos instrumentos internacionales, así el art. 3 de la DUDH, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Bolivia mediante Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a estos dos instrumentos internacionales Bolivia se adhirió mediante DS 18950 de 17 de mayo de 1982”.

<sup>206</sup> SC 0101/2007-R de 05 de marzo, que señala: “La garantía al debido proceso y derecho a la defensa, consagrados por el art. 16.II y IV de la CPE, han sido también desarrollados por los arts. 10 y 11 de la DUDH, 18 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, 9, 10 y 27 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”.

permite llegar a la conclusión de que los derechos a ser protegidos, no solo son los de fuente constitucional, sino también los de fuente internacional, razón por la cual los derechos proclamados en la Constitución, no implican la negación de otros no enunciados o aquellos a enunciarse (cláusula abierta), que están o estarán en la normativa del derecho internacional de los derechos humanos, ratificada o a ratificarse por Bolivia.

Otros países como Colombia, no tienen en su Constitución Política un reconocimiento expreso al “bloque de constitucionalidad” -a diferencia de Bolivia-, sin embargo esta doctrina ha sido asumida de manera magistral en la jurisprudencia desarrollada por el órgano de control de la constitucionalidad, que no es otro que la Corte Constitucional Colombiana, que por primera vez asumió esta doctrina en la sentencia C-225 de 1995, cuando expreso que: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son ... normas situadas en el nivel constitucional”, con relación a la prevalencia de los tratados de derechos humanos se manifestó: “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" , cuyo respeto se impone a la ley.”; lo que implica que sin que la Constitución tengan una norma formal en sentido de que los tratados sobre derechos humanos tenga jerarquía constitucional, la Corte da ese rango a las normas contenidas en el derecho internacional humanitario.

El desarrollo de la doctrina jurisprudencial, se va enriqueciendo con lo señalado en la Sentencia C-191 de 1998, en la que al realizar una diferenciación conceptual entre lo que es el bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional) y en sentido lato (parámetros de constitucionalidad), llega a manifestar: “el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”.

La madurez del razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia se va dando en otras Sentencias, tal la C-582 de 1999 en la que se señaló que estaría excluido del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos; sin embargo de manera poco comprensible, se amplía el ámbito del bloque de constitucional cuando se señaló que forman parte del mismo los tratados sobre límites de Colombia (que nada tienen que ver con los tratados sobre derechos humanos), otorgándoles jerarquía constitucional, así se expresó en la Sentencia C-1022 de 1999.

Finalmente el sentido de los términos de “bloque de constitucionalidad” en Colombia, tiene naturaleza material o sustantiva, cuando a través de la doctrina lo que se busca es identificar las fuentes que tienen rango constitucional (como los tratados); sin que esto implique que la doctrina no pueda tener una naturaleza adjetiva o procedimental, cuando se refiera a la determinación de las fuentes con las que la Corte pueda llegar a establecer si una norma tiene o no rango constitucional.

En el caso del Perú, la doctrina del bloque de constitucionalidad resulta ser muy sinuosa, como consecuencia del retroceso que en materia de jerarquía de los tratados, sufrió la CPE de 1979, con relación a la de 1993; hay que recordar que el referido art. 105 de la CPE de 1979 establecía de manera expresa que los tratados internacionales en materia de derechos gozaban de rango constitucional, lo que implicaba los derechos constitucionales no eran solo los establecidos en la Constitución formal, sino que ese contenido se ampliaba con una serie de normas materiales contenidas en tratados en materia de derechos humanos, que también tenían rango constitucional. En ese contexto, pese a existir las condiciones necesarias para desarrollar y aplicar la doctrina, no se dio tal situación, ya que: “el concepto de bloque de constitucionalidad, éste no sólo no fue expresado sino que ni siquiera fue rescatado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en ninguno de los pocos casos en los que tuvo la oportunidad de resolver acciones de inconstitucionalidad.”<sup>207</sup>.

La base normativa que hubiera permitido desarrollar la doctrina del bloque de constitucionalidad, desapareció cuando se emitió la CPE de 1993 y tuvo que ser la jurisprudencia constitucional, la que en sus interpretaciones, estableció el

---

<sup>207</sup> Edgar Carpio Marcos: “Bloque ... op. cit, p. 912.



alcance del bloque de constitucionalidad. Así el Tribunal Constitucional del Perú señaló que un Reglamento parlamentario no está: “comprendido dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia de los órganos del Estado (por lo que) no forma parte del bloque de constitucionalidad”<sup>208</sup>, lo que implica que el Reglamento no se integra al bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos que se refieren a las competencias y atribuciones del Congreso señaladas en la Constitución.

Posteriormente se expresó en la jurisprudencia que, el bloque de constitucionalidad se encuentra formado por normas que tienen la capacidad de integrar el parámetro, siempre que: “esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional”<sup>209</sup>, lo que permite vislumbrar, por lo menos a *prima facie*, que el bloque no está compuesto por leyes orgánicas; al respecto Domingo García Belaunde manifestaba que: “las leyes orgánicas no forman parte de ningún bloque ni constituyen de por sí bloque alguno. Son leyes comunes y corrientes que solo se diferencian en su contenido específico y el quórum requerido para su aprobación”<sup>210</sup>.

Por todo lo visto, se tiene que la doctrina del bloque de constitucionalidad que partió de Francia y fue acogida por Tribunales o Cortes Constitucionales de diferentes países, como Bolivia, Colombia y Perú, entre otros, sirve para determinar la existencia de otras normas de igual (o superior rango) que la Constitución formalmente establecida, como son los tratados internacionales de derechos humanos, que con un contenido material cuentan con normas que sirven de parámetro para un juicio de constitucionalidad de la ley, que no puede darse únicamente dentro del marco constitucional, de ahí que Carlos Ayala Corao, manifestó que: “en el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales”, en otras palabras el mismo profesor manifestó que: “otorgarle a los derechos humanos internacionales el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución”<sup>211</sup>, o lo que es igual, los derechos regulados en un tratado de

---

<sup>208</sup> Exp. N° 004-96-AI/TC

<sup>209</sup> STC 0007-2002-AI-TC

<sup>210</sup> Domingo García Belaunde: “Estado y Municipio en el Perú” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2003, p. 411-412.

<sup>211</sup> Carlos Ayala Corao: “Del amparo ...”, p. 351.

derechos humanos materialmente tienen el mismo valor que los derechos que están formalmente señalados en una Constitución.

### I.6.6 Cláusula abierta y nuevos derechos

Una de las formas en la que una CPE traduzca y asimile en su propio texto los tratados internacionales de derechos humanos -por lo menos con rango constitucional, si no es supra constitucional-, es a través de lo que la doctrina constitucional conoce como cláusula abierta, que permite: “declarar como derechos (constitucionales a otros) ... aunque no figuren expresamente en el Texto Fundamental ... Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse meramente enunciativa (“*numerus apertus*”), y no limitativa o taxativa. En consecuencia son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales”<sup>212</sup>; por lo que la cláusula abierta es aquella que incorpora al catálogo de derechos desarrollados en la CPE, otros derechos que son necesarios para el desarrollo del ser humano y de su personalidad.

Cuando en una CPE se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional o supra constitucional de un tratado, se podría considerar que ya no sería necesario contar con una cláusula abierta, en la medida que por solo ese reconocimiento, habría que entender que se produjo una integración entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno; sin embargo una interpretación de esa naturaleza no dejaría de ser reduccionista, en la medida que la utilidad de una cláusula abierta va más allá de la integración entre el derecho interno e internacional (que no es poco): “pues no excluye la introducción de otras garantías y mecanismos y no se circunscribe, únicamente, a la recepción del DIDH”<sup>213</sup>.

En el derecho comparado, resulta una buena fórmula, la que da la Constitución de la República del Brasil de 1988, en la que se manifiesta: “Los

---

<sup>212</sup> Op. cit supra, p. 47.

<sup>213</sup> Guido Ibargüen: “Garantías para la protección de los derechos humanos: la recepción del derecho internacional” en *Reforma Constitucional en DD.HH.*, Revista especializada del Defensor del Pueblo en Bolivia, año 2, N° 2, La Paz, 2007, p.122.

derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”<sup>214</sup>; en esta regulación se hace referencia no solo a los derechos señalados en la Constitución, sino que se amplía el alcance a garantías y principios constitucionales, que pueden estar contenidos en tratados internacionales de derechos humanos.

Otra regulación interesante se da en la Constitución de la República de Honduras, que añade el elemento relativo a la dignidad humana, cuando se indica: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la ... dignidad del hombre.”<sup>215</sup>; también se destaca la Constitución Política de la República del Paraguay, en la que se expresa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella.”<sup>216</sup>, se habla no solo de derechos, sino también de garantías, ambas formas inherentes al ser humano.

En los países en estudio, como en Bolivia, se tiene el contenido de la cláusula abierta, de acuerdo a lo señalado en el art. 35 de la CPE abrogada y antes referido, en el que se manifestaba: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantía no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, regulación que contenía los conceptos de soberanía y República, que son eminentemente políticos y podría pensarse que la posibilidad de integrar derechos al bloque de constitucionalidad, se limitarían a aquellos de esa naturaleza y no así a otros de tipo de derechos civiles, económicos, sociales, etc., visión reduccionista y no proteccionista de los derechos humanos en general y que ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional, que reconoció que la protección alcanza a todo tipo de derechos -

---

<sup>214</sup> Art. 5, LXXVII,2. “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”.

<sup>215</sup> Art. 63 de la CPE de 1982.

<sup>216</sup> Art. 45 de la CPE de 1992.

no solo a los derechos políticos, sino también a derechos económicos, sociales, etc.-, cuando son parte de los derechos humanos<sup>217</sup>.

El contenido político que tuvo la referida cláusula en Bolivia, se mantiene en la actualidad en la CPE del Perú de 1993, en la que se señala que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”<sup>218</sup>. En esta Constitución, como su precedente boliviano, cuenta con una cláusula abierta con marcada tendencia política, al referirse a la soberanía del pueblo, Estado democrático y forma republicana de gobierno; sin embargo de no deja de ser rescatable en su contenido, el hecho de que se vincule a los derechos, con la dignidad del ser humano, pues solo a través de un reconocimiento expreso de la dignidad, se puede asegurar el verdadero goce de todos los derechos (con fuente nacional o internacional).

En la CPE en actual vigencia de Bolivia, a partir del 2009, se tiene la nueva regulación de la cláusula abierta, cuando se establece que: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”<sup>219</sup>. La virtualidad de la redacción, está en haber excluido de su contenido la segunda parte del señalado art. 35 de la Constitución anterior, que se refería a los derechos que nacen de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno; esa previsión era (por lo menos en teoría) absolutamente limitante, en cuanto parecería referirse y de manera expresa, solo a los derechos humanos de naturaleza política, como son aquellos relacionados al tema de la soberanía o a la forma de gobierno (lo que tuvo que ser interpretado y aclarado por el TC de Bolivia, como se manifestó); con la nueva redacción se hace alusión a los derechos de manera general, que con el carácter humano pueden estar circunscritos a unos de naturaleza política, pero también a otros derechos tales los civiles, sociales, culturales, colectivos, económicos, etc..

El aspecto que le resta fuerza a la cláusula comentada (art. 13-II de la CPE de Bolivia), es que la misma no se encuentra en total sintonía con otras cláusulas

---

<sup>217</sup> SC 45/2006.

<sup>218</sup> Art. 3°, con el *nomen* de: “Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus*”.

<sup>219</sup> Art. 13-II.

abiertas reguladas en el derecho comparado, que se refieren no solo a los derechos, sino también a las garantías (de esos derechos), vinculados a la persona humana, como expresamente se señaló en su precedente, que no es otro que la Constitución Política de Colombia con reformas del 2005, que establece que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”<sup>220</sup>.

Otras CPE (como Brasil, Honduras, Paraguay referidos), cuentan con una redacción más rica, en cuanto se refieren a la dignidad del ser humano, aspecto inherente a su personalidad, que se constituye en el fundamento y base de cualquier tipo de derecho; finalmente en las Constituciones de Bolivia y Colombia (como en cualquier otra CPE), habría sido ideal que se refieran, no solo a derechos y garantías, sino también a los valores y principios, con lo que la Constitución pudo haber dado una mayor protección al ser humano.

La jurisprudencia, que se desarrolló en torno de la cláusula abierta, estableció la finalidad de la misma, que no es otra que: “evitar cualquier pretensión restrictiva de la vigencia de derechos fundamentales que no estuviesen expresamente consignados en el catálogo previsto por la Ley Fundamental, de manera que la jurisdicción constitucional, por vía de interpretación integradora, pueda aplicar los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos y de los que es parte el Estado boliviano”<sup>221</sup>; así gracias a la cláusula abierta, el Tribunal Constitucional de Bolivia, reconoció el rango constitucional de ciertos derechos no señalados expresamente en la CPE pero sí en tratados. Entre derechos civiles, estarían el derecho a la privacidad<sup>222</sup>, el de libertad de conciencia<sup>223</sup>; asimismo entre los derechos políticos se reconocen el referéndum<sup>224</sup>, la información pública<sup>225</sup>, etc.. En esa misma línea han actuado otros órganos jurisdiccionales de la región, como es la Corte

---

<sup>220</sup> Art. 94.

<sup>221</sup> Este razonamiento se dio en el contexto de la vigencia del art. 35 de la CPE abrogada, cuando se emitió la SC 1494/2003-R de 22 de octubre.

<sup>222</sup> SC 1420/2004-R.

<sup>223</sup> SC 1662/2003-R.

<sup>224</sup> SC 69/2004-R.

<sup>225</sup> SC 188/2006-R.

Constitucional de Colombia, que reconoció al derecho a la verdad<sup>226</sup>, como uno de rango constitucional, pese a que el mismo no es parte formal del contenido de la CPE.

Por todo lo hasta aquí manifestado se tiene que los derechos consagrados en la CPE, como los contenidos en instrumentos internacionales ratificados, no son derechos acabados, definitivos, ni últimos, pues por la dinámica de la vida en sociedad, por las diversas necesidades de tipo político, económico, cultural, etc., se van creando nuevos que se pueden ir incorporando al ordenamiento nacional, a través de la cláusula abierta, que es el medio por el cual se permite: “pensar en derechos en devenir, es decir en derechos que vendrán ... incluir ... a derechos de ciudad, a los derechos de los seres vivos, los derechos de los animales, etc.”<sup>227</sup>, los derechos de democracia en escenario tecnológico, etc., incorporación que -de no modificarse la CPE- se tendría que dar cuando se vayan ratificando nuevos instrumentos internacionales que reconozcan a los mismos.

Los derechos de ciudad, se encuentran relacionados con la existencia de un grupo humano que se asienta en un espacio geográfico determinado (no todo el territorio del Estado), dentro del que se dan relaciones de poder entre los ciudadanos (gobernados: movimientos cívicos, sociales, etc.) y los gobernantes (gobiernos: regionales, departamentales, municipales o locales, indígena originario, etc. etc.); en esa relación y como una contribución a la diversidad de cultura política, económica, social, etc. surgen los derechos de ciudad, como son: el derecho al lugar, según el cual las personas tienen derecho a mantener su residencia, en el lugar que tenga sus relaciones sociales; el derecho a la identidad colectiva dentro de la ciudad, es decir el lograr la integración socio cultural entre las diversas comunidades de un lugar, sean grupos de acuerdo a su origen, a condiciones étnicas, a los barrios, etc.; el derecho a la movilidad y accesibilidad, que asegura libertades urbanas que permitan el libre acceso y movimiento dentro de cada zona; etc.

Cuando se habla de nuevos derechos como democracia en un escenario tecnológico, es necesario establecer una relación entre los órganos del poder público y los ciudadanos, comunicación que ya no se da en el escenario tradicional, sino en uno donde los avances científicos permite mayor participación,

---

<sup>226</sup> Exp. 2488-2002-HC/TC.

<sup>227</sup> Farith Rojas Tudela: “Nuevas ...”, op. cit., p. 107.

información, relación directa y otros, que posibilitan a la ciudadanía una participación más directa en los actos de gobierno, siendo necesaria la incorporación de políticas activas que respondan a la nueva realidad de comunicación. Entre estos nuevos derechos está: el derecho a la transparencia, propio de un Estado democrático en el que se exige la transparencia de los actos del poder público o derecho a un gobierno abierto o de democracia transparente, obligándose a las autoridades a publicar datos a través de la red, etc.; el derecho de todos a internet o igualdad de oportunidades al acceder a la información y no discriminación; el derecho a la cultura y conocimiento, etc. etc.

## I.7. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

Hasta esta parte del trabajo se ha tratado de entender que son los derechos fundamentales como parte de la normativa interna de un Estado, que tiene como origen los derechos humanos, que se han ido reconociendo en instrumentos internacionales (derecho internacional de los derechos humanos); ese proceso de reconocimiento a nivel internacional como nacional, ha dado lugar a la consagración de una serie de derechos clasificados por generaciones<sup>228</sup> o con su propia tipificación conforme a la naturaleza y al contenido de los mismos; reconocidos los derechos en los instrumentos internacionales y en la CPE, se ha podido conocer las características más importantes, que ayudan a comprender su alcance, principalmente la aplicación directa de los derechos, sean de fuente nacional o internacional (criterios de jerarquía).

Además, “como los derechos fundamentales son directamente aplicables, es necesario que el operador jurídico, especialmente el juez, concrete sus contenidos ... primer paso para su efectiva tutela”<sup>229</sup>; es decir que el titular o beneficiario del mismo, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales que tienen la función de tutelarlos, quienes serán los que realicen un proceso hermenéutico de explicación o de interpretación de la forma del derecho (objetivo) y conforme a las circunstancias concretas del caso y la actitud del titular (subjetivo), momento a

---

<sup>228</sup> Criterio, desarrollado por la doctrina, pero que en realidad, en los tiempos actuales se puede decir que ya está superado.

<sup>229</sup> Según entiende Starck, citado por Raúl Rubén Hernández Valle: *Derechos ...*, cit, p. 46

partir del cual la autoridad del poder público estará en condiciones de otorgar o no la tutela demandada; solo así un derecho deja de estar en la letra muerta de la disposición normativa (con fuente nacional o internacional) y gracias a la actividad del intérprete, se aplica en la realidad, adquiriendo vigencia y vida.

En el campo del derecho, la interpretación: “denota una operación intelectual consistente en determinar su alcance, la extensión, el sentido o el significado de cualquier norma jurídica, bien sea ésta general, abstracta e impersonal, o particular, concreta e individualizada”<sup>230</sup>; esa interpretación que en general se realiza del ordenamiento jurídico en su conjunto, debe siempre efectuarse a la luz de los derechos, garantías, valores y principios que consagra la Constitución Política de un determinado Estado, como los instrumentos internacionales de protección.

El intérprete del ordenamiento jurídico por excelencia es el administrador de justicia<sup>231</sup>, quién a tiempo de resolver un caso concreto realizará la interpretación judicial precisando el sentido, alcance y significado de una determinada norma jurídica; la interpretación constitucional (de la Constitución e instrumentos internacionales) es una de las máximas especies de la interpretación jurídica, la misma que: “debe estar encaminada a salvaguardar su naturaleza política y organizativa para los fines que persigue el intérprete, ya sea particular o autoridad”<sup>232</sup>, en esa interpretación especializada, también siempre debe ejecutarse considerando los derechos, garantías y valores que consagra la norma fundamental y los instrumentos de protección de derechos humanos.

Los criterios o principios hermenéuticos de interpretación constitucional son muy variados, así la doctrina y la jurisprudencia desarrollan una serie de principios, como el principio de unidad de la Constitución, de concordancia práctica y de la eficacia integradora, entre otros principios están el: principio de la interpretación previsor, principio *pro actione*, principio de presunción de constitucionalidad, principio de conservación de la norma, principio de

---

<sup>230</sup> Ignacio Burgoa Orihuela: “La interpretación constitucional” en *Interpretación Constitucional*. T. I., Ed. Porrúa y UNAM, México, 2005, p. 227.

<sup>231</sup> Pero no es el único intérprete, pues otras autoridades podrán hacerlo; también las personas particulares podrán realizar la interpretación de una norma, sea con fines prácticos, académicos, etc., interpretación que la realizan como una expresión del derecho que tienen a la libertad de pensamiento y difusión libre de ideas.

<sup>232</sup> Elisur Arteaga Nava: “La interpretación constitucional” en *Interpretación ...*, op. cit. pp. 67 *in fine*-68.



ponderación de derechos, principio *pro homnie*, principio de interpretación expansiva o progresiva, etc.

No es el objeto del presente trabajo hacer mención al contenido de cada uno de estos principios, sus controversias, potencialidad y todos los aspectos que se podrían desarrollar; en esa medida y solo a fines ilustrativos, se hace una ligerísima referencia a uno de los principios más utilizados por los operadores de administración de justicia, a tiempo de efectuar la interpretación constitucional y de los derechos, que es el principio *pro homine*, que como señala la doctrina es aquel que: “deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ... elemento estructural del ordenamiento jurídico y como valor fundamental del Estado de Derecho”<sup>233</sup>; o como desarrolla la jurisprudencia, en sentido de que dicho principio: “impone, al interpretar las normas sobre derechos fundamentales la obligación de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva... forma más favorable para la persona que es la destinataria de la protección”<sup>234</sup>. En ese marco y conforme al principio *pro homine*, la norma (con fuente internacional o nacional) que se aplicará para proteger un derecho, será la más beneficiosa para el ser humano al margen de consideraciones de tiempo (anterior o posterior), de preferencia (general o especial), de estatus (internacional o nacional) o de cualquier otra.

En las Constituciones Políticas de los países de la región andina estudiados (Bolivia, Colombia y Perú), se han dejado sentado los criterios sobre los cuales se deberá interpretar los derechos, interpretaciones que deberán ser realizadas dentro de las normas del bloque de constitucionalidad, la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto constitucional, como se pasa a desarrollar.

### **I.7.1 Interpretación dentro del bloque de constitucionalidad**

A través del bloque de constitucionalidad, se tiene un conjunto muy amplio de derechos que están consagrados en las CPE de Bolivia, Colombia y Perú, así como están reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por dichos países, derechos que de manera permanente y general,

---

<sup>233</sup> Raúl Rubén Hernández Valle: *Derechos ...*, cit, p. 46.

<sup>234</sup> Tribunal Constitucional de Bolivia AC 0121/2006.

deben ser objeto de respeto y protección por todas las autoridades de los Estados, de manera especial esos derechos, deben dar mérito a pronunciamientos expresos por las autoridades competentes, cuando sus titulares o beneficiarios demandan su protección.

Ahora bien, considerando que existe un bloque de constitucionalidad conformado por los derechos consagrados en las Constituciones de cada uno de los Estados, como los desarrollados en los tratados de derechos humanos, se tiene que: “la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con esos instrumentos internacionales ya no es una opción sino un deber de los administradores de justicia”<sup>235</sup>; en consecuencia, cuando el administrador de justicia conoce un caso en el que se demanda la tutela de un derecho consagrado en el cuerpo de una CPE, en cualquiera de sus articulados, esa autoridad deberá realizar una interpretación jurídica-constitucional, desentrañando el sentido, alcance y significado del derecho, que por criterio de especialidad se encuentra más ampliamente desarrollado (regulaciones extensas, con muchos elementos y situaciones a proteger) dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los países estudiados, máxime si se tratan de instrumentos que protegen derechos que tienen ciertos colectivos humanos<sup>236</sup>.

La aplicación de los derechos humanos dentro de un determinado Estado, de acuerdo a la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, la existencia de Constituciones con cláusulas interpretativas de los derechos dentro del bloque de constitucionalidad, implica: “incorporar en la Constitución una cláusula conforme a la cual las normas sobre derechos humanos que la propia Constitución reconoce explícitamente deben interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”<sup>237</sup>, este tipo de cláusula interpretativa tiene por finalidad dejar claramente establecido a los órganos nacionales, que ellos tienen obligación de aplicar los derechos humanos de acuerdo a los tratados internacionales y a la interpretación que se da a los mismos, dentro del bloque de constitucionalidad y por tanto, también dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>235</sup> Guido Ibagüen: “Garantías ...”, op. cit., p. 116.

<sup>236</sup> Por ejemplo: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el que se regula los derechos que desde muchos puntos de vista y alcance tienen una titularidad especializada, como son los discapacitados.

<sup>237</sup> Carlos Ayala Corao: “Del amparo ...”, p. 351.

Unos de los países que cuenta con una cláusula interpretativa como la señalada es España, cuya Constitución de 1978 en su art. 10 (2) señala que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”. En esa línea, en países de la región andina como Bolivia, se tiene que los arts. 256-II y 14-IV de la CPE, establecen que: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”, “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”; a su vez, el segundo párrafo del art. 93 de la CPE de Colombia señala: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia,<sup>238</sup>; finalmente, la Cuarta Disposición Final Transitoria de la CPE del Perú establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”.

Lo que implica que en la línea del principio *pro homine*, la interpretación de los derechos consagrados en la CPE será realizada no solo a la luz de los derechos, garantías, principios y valores que consagra las Constituciones Políticas de los países de la región andina, sino también a la luz del contenido del desarrollo que de los derechos, se haya efectuado en los instrumentos internacionales de derechos humanos; es que: “Lo escrito no agota el contenido del derecho, es decir que el derecho fundamental como entequeia conceptual no se agota en su definición positiva (en la CPE), esto demanda examinar la disposición escrita del derecho fundamental en el marco del bloque de

---

<sup>238</sup> La anterior CPE de 1991, ya establecía: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

constitucionalidad, para derivar de ella la norma de derecho que se pretende expresar por escrito”<sup>239</sup>.

La justificación de ese tipo de cláusulas interpretativas radica en que la CPE, como norma de carácter general, sólo establece derechos de manera muy escueta, los mismos que son ampliamente desarrollados en los tratados internacionales, como es por ejemplo el “derecho a la integridad personal” también denominado de incolumidad, que sin recibir de manera expresa esa denominación se encuentra consagrado en el art. 15-I de la CPE de Bolivia, cuando se refiere al derecho que tiene toda persona a: “la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes.”, esa redacción comprende dos de los seis apartados que sobre el derecho a la integridad personal se desarrolló en el art. 5 de la CADH<sup>240</sup>, que también se refiere a la integridad moral, así como a la dignidad de la persona, pena, trato a los procesados, menores y finalidad de la pena, que lamentablemente no se hacen mención en la Constitución boliviana.

En consecuencia, con cláusulas interpretativas como las que se señaló, se abre la posibilidad de brindar una protección más amplia y más ventajosa por el órgano judicial de un determinado Estado, encargado de tutelar derechos, partiendo de lo regulado en la norma constitucional, pero ampliando su significado y alcance por el texto del tratado internacional; de esa manera el espacio de protección de la persona se amplía considerablemente, lo que permite al Tribunal Constitucional, a la Corte Constitucional u otro órgano, realizar una interpretación integrada de las previsiones del derecho interno y del derecho internacional.

La regla de oro del derecho internacional (*pacta sunt servanda*) en sentido de que las normas internas del Estado (entre las que está la CPE) no pueden

---

<sup>239</sup> Farit Rojas Tudela: “Análisis ...”, op. cit., p. 288.

<sup>240</sup> Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente; 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas; 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento; 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

oponerse sobre las internacionales (instrumentos de derechos humanos ratificados), coincide plenamente con el criterio de supraconstitucionalidad, según el cual los instrumentos de derechos humanos ratificados, prevalecen sobre la CPE; ambos razonamientos responden al principio *pro homine*, por el que se pretende la norma más favorable al ser humano, que generalmente se encuentra más ampliamente expresada y con el debido criterio de especialidad, en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados, de donde surge la interpretación dentro del bloque de constitucionalidad, desarrollado en los párrafos precedentes<sup>241</sup>.

El problema se puede presentar en el caso inverso, es decir en aquella situación en la que la Constitución como norma interna, prevea derechos que tenga regulaciones más favorables que la de los mismos tratados internacionales, o a *contrario sensu* de lo regulado en el art. 256-I CPE de Bolivia; vale decir que el criterio de especialidad del tratado “supusiese un obstáculo para la efectividad de los derechos, en cuyo caso (la autoridad encargada de interpretar la norma y proteger los derechos) debía aplicar el texto formal de la Constitución, que fue instituido para garantizar su ejercicio”<sup>242</sup>.

En consecuencia, en apoyo del principio *pro homine*, el administrador de justicia que tenga que conocer una demanda de protección de un derecho, tendrá que realizar una interpretación a favor del ser humano y elegirá la aplicación de la normativa interna sobre los tratados de derechos humanos ratificados, al margen de la interpretación dentro del bloque de constitucionalidad.

### **I.7.2 Interpretación literal y conforme a la voluntad del constituyente**

Bolivia, es el único país de la región andina, que cuenta con una cláusula referida a la forma como el Tribunal Constitucional Plurinacional debe interpretar los derechos, a partir de la aplicación: “como criterio de interpretación, con

---

<sup>241</sup> Dentro de los países estudiados, la Constitución boliviana es la única que regula una cláusula interpretativa acompañada de manera expresa con el principio de favorabilidad, a partir del contenido del art. 256-II CPE.

<sup>242</sup> Horacio Andaluz Andaluz Vegacenteno: “Consecuencias ...”, op. cit. p. 128.

preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.”, es decir que se hace referencia a la interpretación conforme a la literalidad del texto constitucional y de acuerdo a la voluntad del constituyente boliviano, razón por la que solo con relación a ese país -Bolivia- se pasa hacer las consideraciones que se detallan a continuación.

Con relación a la interpretación literal, el operador de justicia, de manera especial los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, encargados de manera expresa de velar por la Constitución, a tiempo de realizar interpretación de sus normas, su razonamiento deberá partir de las palabras que contenga una norma o de su sentido literal, que puede ser de uso corriente, legal o de carácter técnico, o lo que es lo mismo, deberá realizar una interpretación literal de los términos, expresiones y contenidos que se utilizan en la redacción de la misma CPE, siendo el significado de los términos de las normas o el contenido literal de su texto, el parámetro que se debe tener en cuenta para establecer el sentido, alcance, contenido, finalidad y funciones de los derechos y garantías que protegen a todos los habitantes del Estado boliviano.

La literalidad de la palabra o de un conjunto de palabras que dan lugar a ideas, colocadas en una previsión constitucional o en varias partes de la normativa de la CPE, puede también ocasionar una serie de confusiones y malas interpretaciones, que lejos de ayudar a establecer el sentido real de los términos se distorsionan y es ahí donde juega un papel trascendental el interprete constitucional, que debe utilizar en su trabajo todos los criterios y principios de interpretación.

Tratándose del contenido formal la Constitución, traducido en la manera como los artículos están redactados, muchas veces no se lograría comprender el significado de las palabras si es que solo se aplicaría la interpretación atendida a la literalidad del texto de la Constitución, por eso debe acudir a otros tipos de interpretación y principios, como el principio *pro homine*, así como la interpretación sistemática de las normas constitucionales (basada en los principios de unidad, concordancia práctica y eficacia integradora) y cualquier otro principio de interpretación, antes señalados.

Para el caso, se utiliza el ejemplo contenido en el art. 13-IV de la CPE de Bolivia que señala: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que

prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno.”<sup>243</sup>; de esa previsión, si uno considera únicamente la literalidad de la lectura de la parte relativa a que: “y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción”, rápidamente se podría llegar a la conclusión de que en el orden interno solo prevalecen los instrumentos internacionales ratificados que contengan esa prohibición. La solución referida no es cierta, porque esa sería una interpretación contraria a la contenida en el art. 256-I de la CPE de Bolivia la que manda que sobre el orden interno prevalecen absolutamente todos los tratados (no solo los que tienen esa prohibición) sobre derechos humanos ratificados, cuando sean más favorables al ser humano; todo esto teniendo en cuenta la literalidad de las previsiones constitucionales (interpretación literal de la CPE), pero no como compartimientos separados y estancos, sino como un todo, donde unas a través de otras, ayudan a llegar a comprender el sentido de determinada regulación (interpretación sistemática de la CPE).

Con referencia a la interpretación conforme la voluntad del constituyente, que parte del contenido del indicado art. 196-II de la CPE de Bolivia<sup>244</sup>, se tiene que es una interpretación de tipo histórico, en la medida que posibilita la reconstrucción histórica del proceso que se ha dado para la formación de una determinada norma jurídica contenida en una CPE, conociendo como nació la norma, considerando todas las circunstancias históricas que han rodeado a ese momento de gestación, como de su elaboración, solo así se ha de poder desentrañar el espíritu de la norma.

En Bolivia, el proceso constituyente, empezó formalmente el 2006 con la promulgación de la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente<sup>245</sup> y acabó con la promulgación de la actual Constitución en febrero de 2009, a través de ese tiempo, llegó a funcionar la Asamblea Constituyente<sup>246</sup> (Poder

---

<sup>243</sup> En similar sentido a lo señalado en el art. 93 de la CPE de Colombia, que expresa: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”.

<sup>244</sup> Que señala: ““En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones ...”.

<sup>245</sup> Ley 3337 de 4 de marzo de 2006.

<sup>246</sup> Entre las principales características de una Asamblea Constituyente, es que es un órgano: **a)** representativo, pues por una parte expresa a la población en sus diferentes grupos sociales, regiones, actividades, etc, por otra, sus integrantes son seleccionados preferentemente a través de métodos proporcionales; **b)** originario, pues se da al constituirse un Estado, aunque podrá ser

Constituyente), que por naturaleza y expreso mandato de la Ley de Convocatoria, tenía por principal misión la reforma total de la CPE que tenía vigencia en ese tiempo.

La CPE ha sido construida por dos etapas a identificar: “a) Las propuestas de la sociedad civil ... b) Los informes de las Comisiones de la Asamblea Constituyente.... Es este conjunto de etapas ... las que permiten rescatar la voluntad constituyente”<sup>247</sup>, ambos tipos de documentos han sido las bases, sobre la que los Constituyentes, como representantes del pueblo democráticamente elegidos, debatieron la conveniencia o inconveniencia de reconocer determinadas reglas básicas del ordenamiento jurídico del Estado, así como establecer los derechos, garantías, valores y principios que sustentan al Estado boliviano.

Estos documentos de trabajo del constituyente, permiten entender la manera como finalmente ha quedado redactada una norma de la CPE, lo que desentraña el espíritu de la norma, al reflejar la voluntad del constituyente, que resulta ser el criterio preferente de interpretación de la Constitución, que es amplio, en la medida en que amplios son estos documentos base de los debates de la Constituyente; en ese marco no se podría entender el contenido de los derechos regulados en la CPE, si es que no se tuviera en cuenta el criterio del constituyente al establecerlos, por lo que se llega a la conclusión de que la interpretación de los derechos, parte de manera preferente, del espíritu que tiene la norma que lo regula.

Como criterio de interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, aplicará: “con preferencia, la voluntad del constituyente”, como prevé el referido art. 196-II CPE; conforme a este mandato constitucional, en caso de tener que interpretarse el alcance y sentido de uno de los contenidos correspondientes a los derechos fundamentales, el intérprete antes de considerar otros criterios de interpretación, como el literal, o dentro del bloque de constitucionalidad u otros, deberá tener en cuenta la voluntad del constituyente.

Ese razonamiento no tiene ningún inconveniente, en la medida en que las normas constitucionales, producto del trabajo del constituyente boliviano, con

---

en forma posterior, cuando se busca un nuevo ordenamiento jurídico estatal, surgiendo como una especie de respuesta a los momentos de crisis que se vive en alguna sociedad; **c)** totalizador, pues busca sentar las bases de todo el ordenamiento jurídico en los diversos aspectos de la vida en sociedad, **d)** extraordinario, ya que su existencia no está sujeta a un orden jurídico preexistente y **e)** temporal, pues se disuelve una vez que ha sido establecido la Constitución o la nueva.

<sup>247</sup> Farith Rojas Tudela: “Nuevas ...”, op. cit., p. 105.



relación a normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificadas, tengan previsiones de derechos más favorables al ser humano, en ese caso y sin lugar a duda alguna la interpretación que prevalezca podrá ser la de la voluntad del constituyente, que se refleja en la literalidad del precepto o como ha quedado redactado y en la línea del principio *pro homine*, con referencia a la voluntad que dio lugar a regulaciones internacionales menos favorables al ser humano.

Un argumento a *contrario sensu* o una situación opuesta a la que se acaba de hacer referencia, coloca al intérprete en un gran conflicto, cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados, contienen una regulación mucho más beneficiosa al ser humano, que la prevista por la normativa constitucional que responde a la voluntad del constituyente boliviano; en tal caso la interpretación dentro del bloque de constitucionalidad, tendría que tener una aplicación preferente a la misma voluntad del constituyente (estrechamente ligado a la interpretación literal), pese al mandato del propio constituyente en la norma señalada del art. 196-II CPE; todo ello aplicando otros criterios interpretativos, como el de la unidad sistemática de la Constitución y sus principios como el de concordancia práctica y otros, pero principalmente el principio *pro homine*.

Otro conflicto que podría surgir en este tipo de interpretación es considerar lo sucedido en el último proceso constituyente boliviano, que ha estado cargado de una serie de problemas<sup>248</sup>, que se reflejan, entre otros en que el texto constitucional fue aprobado en grande en Chuquisaca<sup>249</sup>, en grande y en detalle en Oruro<sup>250</sup> y finalmente se acordó ciertos articulados en el Congreso Nacional<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Por ejemplo el desacuerdo en la modalidad de aprobación de los artículos (por dos tercios o simple mayoría, la presión de diversos sectores por incorporar sus demandas a la Constitución); la ampliación del tiempo de sesiones de la Asamblea; el tema de la capitalidad que obligó a suspender el trabajo por varios meses y dieron lugar a lamentables enfrentamientos en Sucre y otros.

<sup>249</sup> El 26 de noviembre de 2006, se convocó a una sesión de la Asamblea en el Liceo Militar de la Glorieta de Sucre, en la que se aprobó en grande el proyecto sin la participación de los constituyentes de la oposición.

<sup>250</sup> Por Ley N° 3792 de 28 de noviembre de 2007, el Congreso autorizó a la Presidencia de la Asamblea, a que convocara a sesiones en otro territorio, lo que se dio en Oruro, en la plenaria de 08 y 09 de diciembre de 2007, aprobándose en detalle y en revisión, sin la participación de los de la oposición.

<sup>251</sup> Ley de 28 de octubre de 2008 o Ley Interpretativa del art. 232 de la CPE, a través de la que el Congreso Nacional logró: "auto habilitarse como última instancia en el proceso constituyente y realizar "ajustes" al Proyecto de NCPE. ... Al haber intervenido el Congreso Nacional en el proceso de reforma total de la Constitución, para hacer estos llamados "ajustes", pareció más bien que de lo que se trataba era de encontrar dar una forma de legitimidad y legalidad a un texto que no satisfacía a la opinión nacional por las serias irregularidades en su aprobación y por carecer de

Esta situación obliga a considerar ciertas situaciones objetivas, tales que la CPE ha sido redactada en tres lugares diferentes: Sucre, Oruro y La Paz, además de la existencia de tres actores diferentes: “Asambleístas, ... representantes del Ejecutivo y, finalmente Congressistas constituidos en Constituyentes, la pregunta es, ¿qué documentos, de qué sede y de que actores son los que deben servir como criterio de interpretación de la Constitución y por ende de los derechos fundamentales?<sup>252</sup>.

La relación estrecha que existe entre la interpretación histórica o conforme a la voluntad del constituyente con la literal (de una emerge la otra), puede dar lugar a otro conflicto relativo a la valoración que en el tiempo se da a las palabras que tienen los articulados constitucionales; palabras que se construyeron durante el proceso constituyente, pero que pueden fácilmente desajustarse a la realidad, porque su sentido puede cambiar con el transcurso de los años.

Es que el mandato del art. 196-II de la CPE en sentido de que la interpretación histórica (de las palabras) prevalezca a otras interpretaciones, no da margen a la interpretación dinámica o de tipo literal evolutiva de las palabras, que es más adecuada, teniendo en cuenta que por ejemplo que el derecho de igualdad, va adquiriendo cariz diferente durante todo el desarrollo del constitucionalismo en el mundo, derecho a la igualdad con tinte liberal que varió radicalmente en la época del constitucionalismo social, mucho más ahora cuando se habla de un constitucionalismo plural donde la igualdad de los derechos colectivos, tiene otro alcance y justificación, que seguramente variará hacia el 2020 y probablemente hasta ese entonces no se producirá otro proceso constituyente como el que se ha llevado en pasados años.

### **I.7.3 Interpretación intercultural**

Los tipos de interpretación, claramente mencionados en un cuerpo constitucional, sean relativos a la interpretación dentro del bloque de constitucionalidad, o la interpretación literal y la interpretación conforme a la voluntad del constituyente, tienen que estar empapadas de la interpretación

---

consenso al haber sido impuesta con el uso de la fuerza”, como manifestó René Baldivieso Guzmán: “Supremacía y Reforma Constitucional” en Estudios ..., op. cit., pp. 324-325.

<sup>252</sup> Eddy Richard Cardozo Daza: “Aproximación ..., op. cit., p. 75.

intercultural que es transversal a todos los tipos de interpretación y principios de interpretación en los que se sustenta, partiendo del reconocimiento constitucional que se hace de la interculturalidad<sup>253</sup>, más aún tratándose en el caso boliviano, en el que inclusive el nuevo modelo de Estado es plurinacional y comunitario<sup>254</sup>, como tal cargado de una serie de pluralidad, relativa al pluralismo de tipo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

La forma como está concebida la pluralidad, principalmente la referida al pluralismo jurídico e interculturalidad, no es resultado directo de los debates que se produjeron a interior de una Asamblea Constituyente de cualquier Estado, sino que responden a posiciones ideológicas que vienen de un proceso sujeto a muchas transformaciones y que se ha dado en el mundo. Hay que recordar que con la conquista de América, se dio un encuentro entre la cultura europea con la cultura autóctona americana, imponiéndose los primeros sobre los segundos, logrando una sociedad más o menos uniforme sobre otra sociedad que era culturalmente diferente, produciéndose un irreversible proceso de homogeneización de culturas, denominado “monoculturalismo”, propio de un Estado monocultural (una sola cultura) y en el ámbito jurídico con vigencia del monismo jurídico (es derecho solo aquel que emana del órgano del Estado formalmente encargado de producirlo), proceso del que obviamente Bolivia, Colombia, Perú y otros países de la región andina, no han estado ajenos y se da dado inclusive desde antes del nacimiento de dichos Estados.

Ya en el siglo XX el “monoculturalismo”, va siendo cuestionado hasta el reconocimiento del “multiculturalismo”, que viene a ser una doctrina política que tiene sus orígenes en los años 60 en Estados Unidos y Canadá (y que se ampliaron a Europa en los 70 y 80), a través de la que se busca encontrar una salida política a la creciente diversidad cultural de sus sociedades, tratando de entender la diferencia de los grupos, buscando entre los mismos relaciones de

---

<sup>253</sup> En los países de la región andina, Bolivia se caracteriza por tener muchas normas, tales los arts. 1, 9.2., 10-I, 17, 18-III, 30-II.12, 79, 98-I, 178-I CPE, entre muchas otras previsiones de ese tipo. En Colombia, también se expresó: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”. En el Perú existen otras previsiones, por ejemplo cuando se señala que es derecho de toda persona: “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.” o cuando el párrafo tercero del art. 89 expresa que: “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”

<sup>254</sup> Entre los países de la región andina, el modelo de Estado intercultural, también ha sido asumido de manera expresa por la Constitución Política del Ecuador (aunque no es un país en estudio en este trabajo), en cuyo párrafo primero del art. 1 se señala: “El Ecuador es un Estado constitucional ... intercultural, plurinacional...”.

armoniosa convivencia (reconocimiento de la diferencia, tolerancia e inclusión), a través de políticas que de manera difusa (no con los alcances actuales) se las va denominando “interculturales”; en Bolivia el multiculturalismo en alguna medida se da el 2004, con las reformas que se produjeron en la CPE abrogada (art. 171).

Posteriormente se va fortificando la ideología del “pluralismo”, que como entiende Giovanni Sartori, implica la existencia de: “una sociedad plural (que) no se limita a tolerar, va más allá, afirma como su valor propio que la diversidad y el disenso la enriquecen. En esa medida, no sólo admite en su seno a los distintos, sino que reconoce que lo diverso le es valioso y que el disenso es la base de una democracia digna de tal nombre”<sup>255</sup>. En América del Sur, el reconocimiento constitucional de la diversidad étnico-cultural que se inició en los 90 es insuficiente hoy ante el carácter realmente plurinacional de la mayoría de los países, por lo que surge la necesidad de reconocerse como tales en su estructura jurídica y constitucional, hablándose ya del pluralismo jurídico<sup>256</sup>, que ha sido entendido como: “la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio social”<sup>257</sup>. Plurinacionalidad, pluralidad, pluralismo jurídico e interculturalidad, que se da en Bolivia con la consagración expresa que se da en la CPE, art. 1, o igual norma en la CPE del Ecuador, entre muchos otros.

Para nadie ha sido desconocido, que dentro de un determinado Estado, han habido y existen diferencias entre los grupos que los habitan<sup>258</sup>, sean éstos considerados como naciones, pueblos o comunidades, todos ellos con sus propias culturas, prácticas, valores, costumbres, formas de vida, instituciones, comportamientos, capacidades, etc.; desde los procesos de globalización que se han expresado primero en el multiculturalismo<sup>259</sup>, luego superado en sus alcances

---

<sup>255</sup> Todo lo que ha sido ampliamente desarrollado por Ferrán Cabrero: Diversidad, pluralismo e interculturalidad. PNUD, Escuela Virtual, 2008, disponible en: [www.escuelapnud.org/](http://www.escuelapnud.org/)

<sup>256</sup> Lo que se encuentra desarrollado en: Catherine Walsh: “Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico”, Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril de 2010, p. 3.

<sup>257</sup> Vicente Cabedo Mallol. *Pluralismo Jurídico...*, op. cit., p. 15.

<sup>258</sup> En el caso boliviano, se habla de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, sean comunidades de vida como los afrobolivianos, que juntamente con el resto de los y las bolivianas, constituyen el elemento humano del Estado boliviano, como se entiende del marco del art. 3 de la CPE. Estos grupos humanos, cualquiera sea la denominación que reciban, son también reconocidos constitucionalmente en los arts. 96.2.c), 246 de Colombia, arts. 89, 149, 329, 330, art. 55 transitorio en el Perú, entre muchos otros.

<sup>259</sup> El multiculturalismo es una política que promueve las diferencias étnicas y culturales, en una sociedad hegemónica, pero tolerante al limitarse al respeto de los valores ajenos.

por el pluralismo, que a decir de Sartori, “acoge incluso a quienes la rechazan”<sup>260</sup>, busca la integración y, en tal sentido, no renuncia nunca a conformar una sola comunidad entre diferentes, a partir de lo cual se puede hablar: “de una creciente relación entre realidades culturales diferenciadas, de una “interculturalidad” más que evidente, incluso más que en el pasado”<sup>261</sup>.

En el pluralismo, una sola comunidad entre diferentes, no admite la posibilidad de la construcción de una sociedad que elimine a las comunidades que la constituyen, o lo que es lo mismo, no supone: “eliminar la diversidad de las comunidades de derechos y reprimir el predominio de una comunidad sobre las otras”<sup>262</sup>; cuando ya se habla de comunidades de derechos se está haciendo referencia al pluralismo jurídico que supone: “descentrar la centralidad del sistema jurídico predominante de la cultura dominante ... y vaciar de esta manera el centro de organización de la discursividad de derechos predominante y que a partir de lo plural se genere diálogo político entre las comunidades de derechos, dando paso al pluralismo político”<sup>263</sup>.

Pluralismo jurídico que basa su existencia en el reconocimiento de distintas fuentes de derecho, que provengan de variadas matrices culturales, lo que permite comprender la producción diversa de derechos, que son producto de necesidades históricas distintas y que cargan sus propios lenguajes, derechos que tienen contenido del constitucionalismo liberal, otros del de tipo social, hasta llegar a formaciones de derecho, propias del constitucionalismo plural, fuentes disímiles y construcciones variadas de los derechos, en una comunidad de diferentes que conviven dentro de un determinado Estado, que se aplica y se consigue comprender solo a través de la intercultural.

La interculturalidad permite el respeto a las diferencias, en igualdad de condiciones, constituyéndose por ello en el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones<sup>264</sup>; es que más allá de la diferencia étnica y cultural de los distintos grupos de la sociedad y la tolerancia de su existencia, el reconocimiento de esa diversidad como algo valioso, permite construir la unidad y la paz entre los distintos (convivencia

---

<sup>260</sup> Giovanni Sartori, citado por Ferrán Cabrero: *Diversidad ...*, op. cit. p. 10.

<sup>261</sup> Ferrán Cabrero: *Diversidad ...*, op. cit., p. 6.

<sup>262</sup> Farith Rojas Tudela: “Nuevas ...”, op. cit., p. 109.

<sup>263</sup> Op. cit. supra.

<sup>264</sup> Conforme establece el art. 98-I CPE.

armónica y equilibrada entre todos), de ahí que: “La interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder ... que han naturalizado las asimetrías sociales”<sup>265</sup>.

Ese relacionamiento entre grupos, solo se logra con un diálogo intercultural<sup>266</sup>, que se da a través de: “la interculturalidad (que) se presenta como relación, encuentro o diálogo entre grupos.”<sup>267</sup>, acercamiento entre los diferentes que no se conseguiría de manera óptima, si es que no existiera una institución común para todos los habitantes de un determinado Estado, sea un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, encargada de lograr esa relación y encuentro entre todos, en definitiva la unidad de un país, al ser el órgano que vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad de las actuaciones de todos los órganos y jurisdicciones del Estado<sup>268</sup>, respetando la vigencia de las diferentes fuentes de derecho que existen, a partir del pluralismo jurídico, otorgando por ello la protección a los distintos derechos, realizando de ellos una interpretación intercultural, así como de todo el contenido de una determinada CPE.

Por ellos la labor de un Tribunal Constitucional o de una Corte Constitucional: “será de mucha importancia, pues el texto constitucional ... debe comprenderse hermenéuticamente, tomando en cuenta los complejos conceptos y categorías presentados.”<sup>269</sup>; así un órgano jurisdiccional de esa naturaleza constitucional, sobre la base adjetiva o los procedimientos correspondientes a las diversas acciones constitucionales, se encuentra frente a la tarea de considerar si corresponde o no otorgarse la protección de los derechos demandados,

---

<sup>265</sup> Según expresa Catherine Walsh, refiriéndose a lo manifestado por Galo Ramón, ambos autores han sido citados por Ramiro Molina Rivero: “La interculturalización de la justicia. Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia” en Revista IIDH, 2005, p. 203, disponible en [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_2061358847/Docs%20Revista%2041/Molina%20Rivero%20Ramiro.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs%20Revista%2041/Molina%20Rivero%20Ramiro.pdf)

<sup>266</sup> Art. 79 CPE de Bolivia.

<sup>267</sup> Catherine Walsh: “(De) Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador”, p. 9, disponible en: [http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id\\_article=51](http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id_article=51)

<sup>268</sup> No solo del Ejecutivo o del Legislativo, sino también el Judicial que actúa a través de diversas jurisdicciones como: la ordinaria, la agroambiental y la indígena originaria campesina, la última expresamente reconocida en las Constituciones de los países de la región andina, así los arts. 190 y siguientes de la CPE de Bolivia, 246 de la CPE de Colombia, 149 de la CPE del Perú.

<sup>269</sup> Farit Rojas Tudela: “Análisis ...”, op. cit., p. 294.

sustantivamente creados en la CPE, conforme a las diversas fuentes de derechos<sup>270</sup>.

Cuando tenga que ejercerse jurisdicción constitucional, dicho Tribunal deberá realizar una interpretación intercultural para establecer el sentido de los derechos y de todos los términos utilizados en la CPE, por ejemplo, cuando un indígena demanda la tutela de sus derechos a la autoidentificación cultural (derecho individual)<sup>271</sup>, a su identidad cultural y su propia cosmovisión (derechos colectivos)<sup>272</sup>, el interprete intercultural deberá considerar esos derechos, unos -con fuente no indígena- a través de otros -con fuente indígena-, dentro del marco de otros términos reconocidos también en la CPE..

En consecuencia, tendrá que ser el máximo representante de la jurisdicción constitucional, quién a través de los diversos criterios de interpretación contenidos en la CPE -es decir a través de una interpretación dentro del bloque de constitucionalidad, o de una interpretación literal, como de una interpretación conforme a la voluntad del constituyente<sup>273</sup>-, realice una “interpretación intercultural” de los derechos que tienen diversas fuentes (pluralismo jurídico), construyendo la unidad de la doctrina jurisdiccional, en una sociedad de diferentes, como es la que se da en países de la región andina, tal Bolivia, Colombia, Perú, entre otros, conformado por quienes tienen cosmovisiones distintas, tales las y los ciudadanos que habitan en áreas urbanas, así como aquellos que pertenecen a naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como quienes son parte de otro tipo de comunidades.

---

<sup>270</sup> Tengan esos derechos fuente nacional y/o internacional, con raíz liberal o social, o producto de reivindicaciones de quienes estuvieron excluidos, como son naciones y pueblos indígenas originarios o campesinos.

<sup>271</sup> Consagrado como parte de los derechos civiles, en el art. 21.1. CPE de Bolivia.

<sup>272</sup> Parte de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino, consagrados en el art. 30-II. 2 y 3 CPE de Bolivia.

<sup>273</sup> Este último tipo de interpretación, por expreso mandato constitucional, tiene carácter preferente; todo esto en el marco de lo señalado por arts. 13-IV *in fine*, 256-II y 179-II CPE de Bolivia, antes referidos.





## **CAPÍTULO II**

### **SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Los conflictos bélicos internacionales que se desarrollaron en las primeras cuatro décadas del siglo XX trajeron consigo la necesidad de que todas las naciones preserven a las generaciones venideras del flagelo de la guerra; en este sentido, con el fin de mantener la paz y la seguridad internacional, decidieron unir sus fuerzas suscribiendo la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945 en San Francisco) que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año<sup>274</sup>. Con la suscripción de dicha Carta, se empezó a estructurar el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos bajo el liderazgo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organización que no es incompatible con otros organismos regionales e internacionales, puesto que abre la posibilidad de relaciones con otros organismos similares, cuyas actividades son compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, como establece el art. 52.1 de dicha Carta de las Naciones Unidas.

El SIDH como organización regional e internacional de protección de los Derechos Humanos, fue creado por los Estados miembros de la OEA, reconociéndose en favor de los individuos derechos y libertades, con la obligación de los Estados Partes de respetarlos y protegerlos, razones por las cuales se establecen mecanismos de protección y defensa, a través de las que se garantiza el ejercicio de esos derechos.

---

<sup>274</sup> Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas.

## **II.1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

El sistema Internacional Regional Americano de promoción y protección de los Derechos Humanos, tiene una base normativa amplia que reconoce derechos, fija obligaciones, además crea órganos destinados a la promoción y protección de los Derechos Humanos.

La estructura normativa es amplia, entre los instrumentos generales más importantes se tiene: Carta de la OEA (adoptada en 1948 y reformada en 1967, 1985, 1992 y 1993); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (adoptada el 2 de mayo de 1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José— (adoptada el 21 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978 y fue ratificada por Bolivia por Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— (adoptada el 17 de noviembre de 1988, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y fue ratificada por Bolivia por Ley N° 3293 de 12 de diciembre de 2005); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y ratificada por Bolivia por Ley N° 1695 de 12 de julio de 1996) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará- (adoptada el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 5 de marzo de 1995 y ratificada por Bolivia por Ley N° 1599 de 18 de octubre de 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, (adoptada el 7 de junio de 1999, entró en vigor el 14 de septiembre del 2001 y ratificada por Bolivia por Ley N° 2344 de 26 de abril de 2002).

### II.1.1 La Carta de la Organización de Estados Americanos

Tiene su antecedente en el Congreso Anfictiónico de Panamá (1826)<sup>275</sup> que dio lugar a otros Congresos y Conferencias Interamericanas que se desarrollaron por los principios del panamericanismo e ideales bolivarianos.

Hasta la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, *strictu sensu*, no se puede hablar de un verdadero sistema de protección interamericano de los Derechos Humanos. Después de las guerras mundiales, el ambiente era propicio para que los Estados que integran el continente americano sientan la necesidad de que exista un instrumento que regule un régimen de Derechos Humanos en la región. En la Conferencia Interamericana sobre Problemas de Guerra y Paz que se llevó a cabo en Chapultepec (México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945) se emitió la Resolución XL sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre en la que se acuerda establecer en América un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, instrumento: “cuyo objetivo fundamental era reafirmar la posición de los Estados americanos respecto de la doctrina de la no intervención absoluta”<sup>276</sup>, además en aquella oportunidad encargaron a un Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre<sup>277</sup>.

A partir de las decisiones que se asumen en dicha Conferencia de Chapultepec, se pasó de una Unión Panamericana a una Organización de Estados Americanos; además se deja en evidencia las bases poco sólidas sobre las que se va construyendo el SIDH, pues si bien se reconoce públicamente la necesidad de asumir medidas y proteger los derechos humanos, sin embargo queda también en evidencia la decisión de asumir la doctrina de la no intervención o de protección de la soberanía estatal, que no resulta ser precisamente armoniosa con la idea de la defensa absoluta de los derechos humanos, sin restricciones por razones de soberanía, no intervención u otras.

---

<sup>275</sup> [http://www.simon-bolivar.org/bolivar/c\\_a\\_de\\_panama1.html](http://www.simon-bolivar.org/bolivar/c_a_de_panama1.html), Congreso Anfictiónico de Panamá.

<sup>276</sup> Andréé Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 22.

<sup>277</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm). Acta de Chapultepec, en Conferencias Internacionales Americanas, segundo suplemento, 1945—1954, p. 52.

Con ocasión de llevarse a cabo la Novena Conferencia Internacional Americana que se realizó en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo 1948, los Estados americanos aprobaron dos importantes instrumentos jurídicos internacionales de protección en materia de Derechos Humanos: la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambos documentos constituyen la base sobre la que se desarrolla el Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos.

Corresponde ahora referirse a la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>278</sup> que si bien proclama derechos fundamentales de la persona sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo (art. 3 inc. I) y proclama deberes fundamentales de los Estados, como son los de respetar los derechos de la persona y los principios de la moral universal (art. 17); sin embargo este instrumento por una parte no especifica cuáles son los derechos de las personas<sup>279</sup>, por otra, con el mismo se concreta: “la intención de la Región de consagrar la no intervención como un principio internacional vinculante”<sup>280</sup>.

De ahí que la Carta de la OEA establece que la Organización de Estados Americanos (OEA) es un organismo internacional creado por los Estados de América, cuyo **fin** es promover el orden y la justicia, fomentar la solidaridad y defender la soberanía, integridad territorial e independencia (art. 1).

A efectos de poder cumplir con sus obligaciones regionales (art. 2º de la Carta), se establecen **propósitos** esenciales tales como: afianzar la paz y seguridad, consolidar la democracia, prevenir controversias entre Estados, solución de problemas políticos, jurídicos, económicos, de desarrollo, erradicar la pobreza y limitación de armamento; de manera similar en su art. 3º señala los

---

<sup>278</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>. La Carta de la OEA ha sido suscrita el 30 de abril de 1948 y entró en vigor desde el 13 de septiembre de 1951. Ha sido reformada en cuatro oportunidades, por: a) el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; b) el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; c) el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y; d) el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

<sup>279</sup> De ahí que ha sido necesario complementar su desarrollo con otro instrumento internacional referido a la Declaración Americana que fija de manera clara y concreta esos derechos.

<sup>280</sup> Andréa Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales* ..., op. cit., p. 22.

**principios** en los que se funda la validez del derecho internacional tales como: respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados, cumplimiento de obligaciones, solidaridad sobre la base de una democracia representativa, condena a la guerra, no injerencia e intervención en asuntos de otro Estado, eliminación de la pobreza como responsabilidad compartida, resolución de controversias, justicia social, cooperación económica, vigencia de derechos fundamentales de la persona humana sin distinción alguna, respeto de la personalidad cultural y que la educación se oriente a la justicia, libertad y paz.

Los fines, propósitos y principios, no podrían haberse realizado si no se hubiera establecido una estructura de sus órganos y las atribuciones de los mismos; a continuación se citan los organismos internacionales que se hacen cargo de la promoción y defensa de los Derechos Humanos.

La **Asamblea General** (arts. 54–60 de la Carta de la OEA), se constituye en un órgano supremo que decide la acción y política general de la organización; en ese sentido tiene atribuciones para emitir resoluciones en el área de los Derechos Humanos, máxime si se tiene en cuenta que cada año (durante la celebración del período ordinario de sesiones) recibe los Informes Anuales de la CIDH y de la Corte IDH. Todos sus miembros tienen derecho a estar representados y conformada la Asamblea, ésta elige a los miembros de la Comisión y de la Corte y en caso de vacancia, elige a comisionados y jueces, además de aprobar los presupuestos de esos órganos.

La **Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores** (arts. 61–69 de la Carta de la OEA), se constituye a pedido de algún Estado miembro en casos de problemas de carácter urgente y de interés común. No podría dejar de mencionarse que ha sido una reunión de este tipo, la que creó la CIDH, en su V Reunión celebrada en Santiago de Chile en 1959.

El **Consejo Permanente** de la OEA (arts. 80–92 de la Carta de la OEA), reconoce cualquier asunto que le encomienda los referidos órganos anteriores, actúa provisionalmente como órgano de consulta y está constituido por un representante de cada Estado miembro; ayuda a la solución pacífica de controversias entre los Estados.

El **Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral** (arts. 93–98 de la Carta de la OEA), ha sido establecido para promover la cooperación entre los Estados americanos a fin de lograr el desarrollo integral de los mismos. Los

Estados Partes de la CADH, tienen la obligación de presentar anualmente informes sobre la protección de Derechos Humanos con referencia a normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas que forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

El **Comité Jurídico Interamericano** (arts. 99—105 de la Carta de la OEA), viene a constituirse en el cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, además de promover el desarrollo progresivo y la codificación internacional. Este Comité, integrado por once juristas por un período de cuatro años, fue el que elaboró un proyecto de la CADH.

La **Secretaría General** (arts. 107—121 de la Carta de la OEA), es el órgano central y permanente de la Organización, con sede en Washington, D.C.. Es la Asamblea General la que elige al Secretario General que se hace cargo de la Secretaría, quien tiene un período de cinco años y puede intervenir en cualquier asunto referido a la paz o seguridad del continente, además de cualquier tema relativo al desarrollo de cada Estado.

Las **Conferencias Especializadas** (art. 122 y 123 de la Carta de la OEA), son las que se hacen cargo de asuntos técnicos especiales y de desarrollo específico de la cooperación interamericana. Puede ser convocada por varios órganos, tales como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Consejos u otros Organismos Especializados. No se podría dejar de mencionar un aspecto importante de lo que fue la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (noviembre de 1969, San José, Costa Rica) en la que se suscribió la CADH.

Los **Organismos Especializados Interamericanos** (arts. 124—130 de la Carta de la OEA) son de carácter multilateral, con funciones específicas en materias técnicas de interés común para los Estados. Existen varios tipos de estos organismos, tales como: el Instituto Interamericano del Niño, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, la Organización Panamericana de Salud y el Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

Es importante hacer notar que en su forma original, la Carta de la OEA no reguló ningún órgano o mecanismo encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos; razón por la que en la mencionada Conferencia de Bogotá de 1948, se emitió la Resolución XXXI, en la que se encomendó al Comité

Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto para la creación de un tribunal internacional<sup>281</sup> que sería el que garantizaría la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales; sin embargo, ese mandato de la conferencia fue postergado por obstáculos y dificultades que encontró no sólo el encargado o Comité Jurídico Interamericano, sino también por la posición de otros órganos de la OEA, como es el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, así se expresó en su Décima Conferencia Interamericana celebrada en Caracas, en 1954<sup>282</sup>.

### II.1.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Un precedente universal para la declaración de derechos ha sido la Declaración del Pueblo de Virginia de 1776<sup>283</sup>, instrumento de carácter general que entre sus normas establece que los hombres por naturaleza son iguales, libres e independientes, siendo sus derechos: el saber, disfrutar la vida, propiedad y otros, derechos que se fueron extendiendo a otros Estados, además de establecer la obligación que tienen los gobernantes de ofrecer el mayor grado de seguridad y en caso contrario, el derecho que tiene el pueblo de reformarlo, abrogarlo e incluso abolirlo. En la Declaración de la Independencia de EE.UU.

---

<sup>281</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm). Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia en 1948, en Conferencias Internacionales Americanas, segundo suplemento, 1945—1954, p. 210.

<sup>282</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm). Décima Conferencia Interamericana, Caracas, 1—28 de marzo de 1954, en Conferencias ..., cit. p. 328.

<sup>283</sup> Juan Antonio Travieso: *Historia de ...*, op. cit., p. 127. Se transcribió la primera lista de derechos señalando: "1. Por naturaleza, todos los hombres son igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes a los cuales, cuando ellos forman una sociedad, no pueden, bajo ningún concepto, suspender ni evitar ceder a la posteridad; estos derechos son, a saber, el disfrutar la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedades; así como la búsqueda y el alcance de la felicidad y la seguridad.

2. Toda autoridad está basada en el pueblo, y por ende, se deriva de él mismo; tanto es así que todos los magistrados son administradores y servidores, y en todo tiempo le deben obediencia.

3. Que el Gobierno está, o debe estar, instituido para la seguridad, la protección, y el beneficio común del pueblo, la nación o la comunidad; que de los diferentes modos y formas de gobierno, la mejor es la que es capaz de producir el mayor grado de seguridad y felicidad. Y que ofrece el mejor resguardo contra el peligro de una mala administración; y que, cuando se encuentre que un Gobierno es inadecuado o que está en contra de estos propósitos, la mayoría de una comunidad tiene el derecho indubitable, inalienable e inabrogable de reformarlo, alterarlo, o abolirlo, de la manera que se considere más conveniente al bienestar público".

de 04 de julio de 1776<sup>284</sup>, su preámbulo también hizo referencia al reconocimiento de los derechos a la vida, libertad y el alcance de la felicidad, constituyéndose esa Declaración en uno de los más importantes y primeros pasos para el desarrollo de los Derechos Humanos, sobre cuya base se construyó los sistemas universales y regionales de protección de los mismos.

En los antecedentes del siglo XX se tiene las resoluciones adoptadas por la Octava Conferencia Internacional Americana que se llevó a cabo en Lima-Perú en 1938, entre las que se tiene: “Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros”<sup>285</sup>, también se emitió la “declaración de Lima a favor de los Derechos de la Mujer”<sup>286</sup>, en esa misma Conferencia se dictó la Resolución XXXVI en la que las Repúblicas Americanas declararon que: “toda persecución por motivos raciales o religiosos ... contraría los regímenes políticos y jurídicos”<sup>287</sup> y la Resolución XVI relativa a la “Declaración en Defensa de los Derechos Humanos”<sup>288</sup>.

En la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en la que se adoptó la referida Carta de la OEA -que se funda en el principio del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana—, como se manifestó, también aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; ambos instrumentos internacionales son la base sobre la que se desarrolla el SIDH o Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos.

---

<sup>284</sup> *Ibíd.*, pp. 131–132. En dicho preámbulo se manifestó: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la libertad y el alcance de la felicidad; que para asegurar estos derechos, los hombres instituyen Gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno llega a ser destructora de estos fines, es un derecho del pueblo cambiarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, basado en esos principios y organizando su autoridad en la forma que el pueblo estime como la más conveniente para obtener su seguridad y felicidad”.

<sup>285</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_1\\_suplemento\\_1938\\_1942/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_1_suplemento_1938_1942/base2.htm). Octava Conferencia Internacional del 09 al 27 de diciembre de 1938, en *Conferencias Internacionales Americanas*, primer suplemento, 1938–1942, pp. 26–27.

<sup>286</sup> *Ibíd.*, p. 37–38.

<sup>287</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>288</sup> *Ibíd.*, p. 33. Esta Resolución expresó: “Que las Repúblicas Americanas, que no reconocen la guerra como medio legítimo de resolver diferencias internacionales y nacionales, expresan el anhelo de que cuando se recurra a ella en cualquiera otra región del mundo, se **respeten los Derechos Humanos** no necesariamente comprometidos en las contiendas, los sentimientos humanitarios y el patrimonio material y espiritual de la civilización”.



La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el 02 de mayo de 1948<sup>289</sup>, tiene la virtud de constituirse en el primer instrumento jurídico internacional de su clase, ya que en el seno de las Naciones Unidas se emitió la DUDH con posterioridad, el 10 de diciembre de 1948; lo que sin duda constituye un motivo de orgullo para los americanos.

En la parte considerativa de esa Declaración se establece que los derechos esenciales del hombre no nacen por ser nacional de un determinado Estado, sino como atributos de la persona humana; lo que puede entenderse en sentido de que cuando un Estado Americano establece derecho, lo que está haciendo es reconocer un derecho que existía incluso antes de la creación del propio Estado, puesto que los derechos tendrían su origen por la sola naturaleza de ser una persona o un ser humano.

Esa declaración reconoce y define ciertos derechos, incluyendo un catálogo de derechos civiles y políticos (vida, igualdad, libertad religiosa, opinión, honra, tránsito, domicilio, justicia, nacionalidad, sufragio, petición, proceso, asilo y otros), como los derechos económicos, sociales y culturales (salud, cultura, trabajo, descanso, seguridad social y otros). Esta Declaración tiene la virtud de establecer un catálogo de los deberes u obligaciones de las personas con la sociedad, hijos, padres, sufragio, obediencia a la ley, servicio a la comunidad y nación, asistencia y seguridad social, pagar impuestos y trabajo.

Hay que tener en cuenta que la Declaración Americana es una declaración de principios, puesto que no constituye un tratado que haya sido aprobado conforme a las normas que regulan los tratados, pero la práctica de los Estados miembros le han otorgado un valor jurídico no de una mera declaración o simples recomendaciones, sino de una categoría de costumbre internacional o de fuente de obligación internacional para los Estados miembros de la OEA por enunciar principios fundamentales reconocidos por ella, así se entendió en la jurisprudencia emitida por la Corte IDH<sup>290</sup>. En consecuencia, el hecho de que la Declaración no

---

<sup>289</sup> Compendio de instrumentos Internacionales. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Ed. del Viceministerio de Derecho Humanos, La Paz, 2000, pp. 156 y siguientes.

<sup>290</sup> <http://www.corteidh.or.cr/> 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 No. 10. Se señala: "El hecho de que la Declaración no será un tratado no significa necesariamente que deba llegarse a la conclusión de que la Corte no puede emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana".

sea un Tratado, no le resta ni le quita valor legal y menos fuerza jurídica. La Corte IDH entendió correctamente tal declaración, además esa fuerza se consolida cuando ha entrado en vigor la CADH, que en su art. 29 dispone la prohibición de toda interpretación que tienda a “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, otorgándole una verdadera jerarquía, igual a la establecida para la propia Convención y en realidad para todos los Estados de la OEA.

### II.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Se había manifestado que en la Conferencia Interamericana sobre problemas de Guerra y Paz (Chapultec, México, 1945) se emitiera la Resolución XL sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, en la que se encargó a un Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, para que posteriormente sea adoptada en forma de Convención<sup>291</sup>.

La referida iniciativa en cuanto a la redacción de una Convención, recién se cristalizó en 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se reunió en Santiago de Chile, época en la que se dictó la Resolución VIII titulada “Derechos Humanos” en la que se señala que después de 11 años de proclamada la Declaración Americana -en base a los avances que se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa- “... se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención...”, con tal propósito, en la Parte I de la resolución mencionada, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “... proyecto de Convención sobre Derechos Humanos...”<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_...](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_...), cit. p. 53. En el Acta Final de esa Resolución XL, se manifestó: “Encargar al Consejo Directivo de la Unión Panamericana la convocatoria de la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos una vez que el Comité haya elaborado dicho proyecto así como los demás cuya preparación le confíe la presente Conferencia, a fin de que la declaración —de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre— sea adoptada en forma de **Convención** por los Estados del Continente” (Aprobada en la sesión plenaria del día 7 de marzo de 1945).

<sup>292</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Declaración en la V Reunión de Consulta, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5, pp. 10–11.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró el proyecto de Convención encomendado, el mismo que fue presentado en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965, Conferencia que también conoció las propuestas, que sobre la misma materia habían presentado los gobiernos de Chile y Uruguay; pese a esas presentaciones, la Conferencia no asumió ninguna decisión y prefirió remitir esos proyectos de convención a conocimiento del Consejo de la Organización, para que los estudiara y recibiera la opinión no sólo de otros gobiernos, sino también de la CIDH<sup>293</sup>.

En 1967, la Comisión no solo emitió su opinión respecto a esos proyectos de convención, sino que presentó al Consejo de la Organización su propio proyecto, que difiere en algunos aspectos del trabajado realizado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, proyecto que también se puso en conocimiento de los gobiernos de los países miembros de la Organización.

La existencia de todos esos proyectos de convención preparados por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, por los gobiernos de Chile, Uruguay y por la CIDH, fueron revisados y consensuados por los órganos de la OEA, es así que el Consejo de esta organización convocó a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la misma que se reunió en San José de Costa Rica del 17 al 22 de noviembre de 1969; en dicha Conferencia se adoptó la CADH el 21 de noviembre de ese año, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978<sup>294</sup>.

La elaboración de un proyecto de Convención sobre DH, se manda de manera expresa en 1959, pero se convierte en un instrumento definitivo recién en 1969, entrando en vigencia en 1978 -como se manifestó-, vale decir que entre la intención de elaboración de una Convención y su vigencia, transcurre casi dos décadas; probablemente la razón radica en los acontecimientos políticos que se fueron sucediendo en América en ese lapso de tiempo, que se caracterizó por la existencia de gobiernos militares dictatoriales, que no estaban comprometidos con la defensa de los derechos humanos, por lo que no existió el apoyo político

---

<sup>293</sup> Héctor Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ra. Edición, Ed. Mundo Gráfico, Instituto Americano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, p. 54.

<sup>294</sup> Compendio ..., cit. pp. 164 y siguientes.

de los Estados, para que ese instrumento exista y tenga vida de manera rápida, al contrario.

En todo caso, es necesario tener presente que en el preámbulo de esa convención se reafirma el propósito de consolidar en el continente instituciones que se funden en el respeto por los derechos esenciales del hombre. En la primera parte se enumera los deberes de los Estados, de manera tal que adopten disposiciones legislativas u otras para hacer efectivo derechos y libertades (art. 2); en cuanto a los derechos protegidos se desarrollan los derechos civiles o políticos, tales como: el reconocimiento a la personalidad, vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad y retroactividad, indemnización, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, de pensamiento y expresión, reunión, asociación, nombre, propiedad privada, circulación y residencia, derechos políticos, igualdad de protección judicial; en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales se comprometen adoptar providencias a nivel interno y se hace mención a esos derechos que se encuentran en la Carta de la OEA (preámbulo y art. 26).

La segunda parte tiene la virtud de crear órganos responsables de cuidar que los derechos sean respetados y se cumplan; así se regula la CIDH, señalando su organización, funciones, competencia y procedimiento (arts. 34–51); de manera similar se regula la Corte IDH, especificando su organización, su competencia, funciones y procedimiento (art. 52–69).

#### **II.1.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**

Durante el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el 17 de noviembre de 1988 se suscribió el Protocolo adicional a la Convención Americana, denominado como Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dicho protocolo entró en vigor el

16 de noviembre de 1999<sup>295</sup> y el Estado boliviano lo ratificó por Ley N° 3293 de 12 de diciembre de 2005.

En el preámbulo de dicho Protocolo, se reconoce la relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos; estas diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana; también se hace referencia a anteriores instrumentos internacionales, los mismos que fueron reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos; en ese sentido se regula los derechos al trabajo sindical, seguridad social, salud, medio ambiente, alimentación, educación, cultura, familia, niñez, ancianos, minusválidos.

### **II.1.5 Otros instrumentos interamericanos sobre Derechos Humanos**

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (aprobado en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 8 de junio de 1990, pero entró en vigor el 28 de agosto de 1991<sup>296</sup>); la finalidad de este instrumento internacional es lograr la abolición absoluta de la pena capital o de muerte en toda la extensión del Continente americano. El Estado boliviano ha ratificado dicho protocolo, mediante Ley N° 3447 promulgada el 21 de julio de 2006, en ese marco el art. 15-I de la CPE, reconoce expresamente que en Bolivia no existe pena de muerte.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996<sup>297</sup>; ha sido ratificada por Bolivia por Ley N° 1695 de 12 de julio de 1996. Esta Convención contiene una parte introductoria en la que expresa los fundamentos

---

<sup>295</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

<sup>296</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

<sup>297</sup> Compendio ... Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cit. pp. 202 y siguientes

por los que se la adopta, define lo que se entiende por desaparición forzada y los Estados partes se comprometen a no practicar ni tolerar desapariciones, ni aun en estados de emergencia; se determina que la desaparición forzada no será considerada como delito político para efectos de extradición; también se señala que los presuntos responsables sólo podrán ser juzgados por jurisdicciones de derecho común competente en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en especial la militar.

La Convención Interamericana, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer —Convención de Belém do Pará—, fue adoptada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 5 de marzo de 1995<sup>298</sup> y ratificada por Bolivia por Ley N° 1599 de 18 de octubre de 1994. Este instrumento señala los diferentes tipos de violencia (física, sexual y psicológica), expresando el derecho de todas las mujeres de tener una vida libre de violencia; los Estados partes condenan cualquier forma de violencia contra la mujer y en caso de producirse esa situación se debe proceder a investigar, enjuiciar y sancionar esos actos, en ese sentido corresponde a dichos Estados establecer las medidas necesarias dentro de su ordenamiento interno, a fin de prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, fue adoptada en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, entró en vigor el 14 de septiembre del 2001 y ratificada por Bolivia por Ley N° 2344 de 26 de abril de 2002. El objetivo de este instrumento es eliminar toda forma de discriminación contra personas con discapacidad, de manera tal que se debe lograr una integración plena de esas personas a la sociedad; se establece un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, como un mecanismo de seguimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Partes.

---

<sup>298</sup> Compendio ... Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), cit. pp 193.

## II.2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La crisis política que se desarrollaba en la zona del Caribe (particularmente en República Dominicana)<sup>299</sup>, provocó la necesidad de los Estados del continente de reunirse para analizar esa situación de tensión internacional, en ese sentido se llevó a cabo la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la misma que se celebró en Santiago de Chile, del 12 al 18 de agosto de 1959, en la que se consideró temas de democracia representativa con referencia a los Derechos Humanos<sup>300</sup>, cuyo análisis era necesario teniendo en cuenta el momento político que se pasaba.

En esa V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, no solo se analizaron temas de democracia y Derechos Humanos, sino que principalmente se adoptaron medidas precisas y concretas destinadas a que exista una real y efectiva protección a esos derechos, es así que se emitió la Resolución VIII denominada de “Derechos Humanos”, en cuya parte II se creó en forma expresa una CIDH<sup>301</sup>, con lo que se subsanó la omisión de la Carta de la

---

<sup>299</sup> Se recuerda que asumió el gobierno de la República Dominicana Rafael Leonidas Trujillo Molina, desde el año 1930 hasta los primeros meses de 1961; entre los acontecimientos de relevancia internacional que se suscitaron entonces está la invasión que desde Cuba se inició el 14 de Junio del 1959, en la que un grupo de revolucionarios dominicanos —que formaron parte de la “Agrupación política 14 de Junio” movimiento de oposición al gobierno con orientación izquierdista— y de numerosas nacionalidades de América Latina, que con armas en las manos se propusieron derrocar al régimen e instaurar un gobierno patriótico y progresista, acción militar insurgente que fracasó. Mayores detalles de las actividades de la “Agrupación política 14 de Junio”, se encuentran en la Enciclopedia Libre Wikipedia, en cuya página: [http://es.wikipedia.org/wiki/Agrupaci%C3%B3n\\_pol%C3%ADtica\\_14\\_de\\_junio](http://es.wikipedia.org/wiki/Agrupaci%C3%B3n_pol%C3%ADtica_14_de_junio) se expresó: “Surge después de acoger el programa de los expedicionarios que vinieron a enfrentar la dictadura de Trujillo en junio a finales del 1959, de ahí se organizó clandestinamente la ‘Agrupación política 14 de junio’ los dirigentes principales Manuel Aurelio Tavárez Justo, y su Esposa Minerva Argentina Mirabal, a finales de diciembre de 1959 el movimiento fue delatado y del 11 al 21 de enero de 1960 el Servicio de Inteligencia Militar realizó una amplia redada apresando más de 400 personas en su mayoría dirigente y simpatizantes del movimiento. La cruel represión desatada contra los miembros del 14 de junio produjo un sentimiento de indignación generalizada en la población dominicana aumentando significativamente los niveles de descontento ya existentes”.

<sup>300</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Declaración en la V Reunión ... cit. pp. 4—6. En esta Declaración de Santiago se proclama que: “... la armonía entre las Repúblicas americana sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sea una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas ... que los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”.

<sup>301</sup> La Parte II de la Resolución VIII de la V Reunión resolvió: “Crear una CIDH que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale”.

Organización de Estados Americanos, que no estableció ningún órgano específico encargado de velar por la promoción y cumplimiento de los Derechos Humanos.

Se ha cuestionado el origen de la CIDH, señalándose que la misma carecería de bases constitucionales sólidas para actuar en contra de la voluntad de los Estados, en cuanto su creación respondería a la voluntad de uno de los órganos de la OEA (como es la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores) y no así a la Carta de la OEA o algún Tratado<sup>302</sup>. Es cierto que su creación respondió a la decisión que se asumió en la V Reunión tantas veces referida, además no faltaron gobiernos que cuestionaron esa forma de constitución, sin embargo, con el paso del tiempo esa Comisión se fue consolidando en su labor, más aún cuando se fueron emitiendo normas posteriores, como su Estatuto de manera especial, o con la CADH en forma general, la última que contribuyó a dar un paso trascendental en el fortalecimiento del sistema de protección, al aumentar la efectividad de la Comisión.

Al año siguiente de la creación de la CIDH, el Consejo Permanente de la OEA, el 25 de mayo de 1960 aprobó el Estatuto de la Comisión, que le otorgó el *status* de entidad autónoma de la OEA de carácter no convencional<sup>303</sup>; La Comisión inició sus actividades el 03 de octubre del mismo año, con atribuciones de promoción y protección de Derechos Humanos, entendiéndose los Derechos y Deberes del Hombre, pero *strictu sensu* esa Comisión no tenía atribuciones expresas que le permitieran ejercer verdaderamente una protección de derechos; precisamente, ese fue uno de los puntos más discutidos a tiempo de elaborarse el Estatuto, pues una posición era otorgar facultades amplias, permitiendo tramitar peticiones o comunicaciones individuales y la otra era la de no otorgar atribuciones para tramitar quejas individuales<sup>304</sup>, lamentablemente la última posición fue la que tuvo mayor apoyo por parte de los Estados, lo que sin duda constituyó una limitación a la Comisión, en cuanto al ejercicio de sus facultades, sin embargo esta situación no impidió que ese órgano realizara actividades destinada a la defensa de los Derechos Humanos.

La limitación referida tuvo una rápida respuesta, es así que en la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este,

---

<sup>302</sup> Héctor Faúndez Ledesma: *El Sistema ...* cit, p. 35.

<sup>303</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Estatuto original, en Doc. OEA/Ser.L/V/II, de 26 de septiembre de 1960.

<sup>304</sup> Héctor Faúndez Ledesma: *El Sistema...*, cit. p. 36



Uruguay, en 1962) se consideró que la “insuficiencia de las atribuciones y facultades previstas en el Estatuto original” impidiera a la Comisión el ejercer plenamente su misión, por lo que se encargó al Consejo de la Organización la reforma del Estatuto, con el objetivo de: “... ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades en el grado que le permitiera llevar a cabo eficazmente la promoción del respeto a esos derechos en los países continentales”<sup>305</sup>, intenciones que no se realizaron en la práctica, es así que la Comisión continuó trabajando y rigiéndose con su Estatuto original.

Se había manifestado que un acontecimiento político dio lugar a la creación de la CIDH (crisis del Caribe, en República Dominicana); de igual manera, otra crisis política en República Dominicana<sup>306</sup>, marcó el inicio de la ampliación de las competencias de la Comisión. Como consecuencia de la invasión de EE.UU. a ese país, en noviembre de 1965, se convocó a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de la OEA, celebrada en Río de Janeiro, del 17 al 30 de noviembre de 1965, en la que se aprobó la Resolución XXII denominada "Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"<sup>307</sup>, ampliándose las funciones y facultades de la Comisión.

A través de la indicada Resolución XXII de 1965, se solicitó a la Comisión brindar especial atención a los Derechos Humanos referidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, derechos que como se sabe,

---

<sup>305</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Acta Final de la Reunión, en Doc. OEA/Ser.C/II.8, pp. 16 y 17.

<sup>306</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Agrupaci%C3%B3n\\_pol%C3%ADtica\\_14\\_de\\_junio](http://es.wikipedia.org/wiki/Agrupaci%C3%B3n_pol%C3%ADtica_14_de_junio) cit. anterior. “El 28 de abril de 1965, cuatrocientos (400) infantes de marina norteamericanos desembarcan para, supuestamente, proteger el perímetro de la Embajada Norteamericana en el país (República Dominicana)... . Luego, en el mismo abril y bajo el argumento de no permitir la instalación de gobiernos comunistas en occidente, el presidente de los Estados Unidos Lyndon B. Johnson ordenó el envío de 42 mil marines a la República Dominicana”.

<sup>307</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Acta Final de la Segunda Conferencia, en Doc. OEA/Ser.C/I.13, pp. 33–35. En dicha acta consta la resolución de los Estados miembros en la que se señala: “ Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los Derechos Humanos fundamentales.

Solicitar de la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que incluya una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana. Tal informe deberá contener una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y formular las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquier otra información que la Comisión tenga a su alcance”.

se refieren a la vida, libertad, seguridad, igualdad, libertad religiosa, libertad de expresión, acceso a la justicia, libertad personal y sus garantías y juicio justo en caso de acusaciones penales. En dicha Resolución, se resolvió: “Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible”, facultad que desde el inicio se utilizó para las denuncias de violación de los derechos contenidos en la DADH, pese a la limitación de sus funciones a los derechos señalados antes, no se puede negar que con esa atribución la Comisión se constituye en el primer órgano interamericano autorizado para tramitar peticiones individuales; en dicha Resolución también se autorizó a la Comisión a que se: “... dirija al gobierno de cualquiera de los Estados Americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado...”. Con la finalidad de cumplir su misión de lograr un verdadero respeto por los Derechos Humanos, también dispuso la posibilidad de: “Solicitar a la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana (ahora Asamblea General) o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores ...”<sup>308</sup>.

En la decimotercera sesión, (Ciudad de México, en abril de 1966), la Comisión modificó su Estatuto (art. 9 -bis-), —incorporando las atribuciones que le habían sido otorgadas en la referida Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1965—, relativo a la posibilidad de autorizarla para: recibir comunicaciones, conocer peticiones o quejas individuales y formular recomendaciones a los Estados; en cuanto a ésta última competencia, la Comisión entendió que las mismas podían estar dirigidas a todos los Estados miembros de la OEA o a un Estado en particular, en el último caso las recomendaciones podrían realizarse cuando se lleven a cabo violaciones particulares de los Derechos Humanos. En dicha sesión también se dispuso que el Reglamento de la Comisión, sea adaptado a las nuevas atribuciones, principalmente en los aspectos relativos a las comunicaciones dirigidas a la Comisión denunciando violaciones de los Derechos Humanos en los Estados de

---

<sup>308</sup> *Ibídem.*

la OEA, distinguiéndose de las situaciones generales (violaciones generalizadas) y de las denuncias sobre casos individuales<sup>309</sup>.

La CIDH, hasta ese momento actuaba como un medio de promoción de los Derechos Humanos, pero no lograba una protección real y efectiva de los mismos, pues se trataba de una instancia internacional creada en una Resolución emitida por uno de los órganos de la OEA, (Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959). La CIDH no formaba parte de la estructura institucional de la OEA, ni mucho menos estaba considerada en la Carta de la OEA, lo que motivó cierto cuestionamiento por parte de algunos Estados miembros, como se manifestó anteriormente; por lo que para cumplir a cabalidad sus funciones, sus integrantes tuvieron que valerse de ciertas habilidades políticas y de persuasión hacia algunos Estados.

Esa situación que no dejaba de ser irregular, tuvo que ser corregida cuando se efectuó la primera reforma a la Carta de la Organización de Estados Americanos, reforma que se llevó a efecto en 1967, en la 3ª Conferencia Interamericana en Buenos Aires, en la que se aprobó el Protocolo de Buenos Aires, oportunidad en la que se constituye la Comisión como un órgano principal de la Organización con competencia respecto a todos los Estados Miembros<sup>310</sup>, esto implicó que a partir de ese momento, la Comisión adquiriera un carácter de órgano principal de la OEA.

Al ser un órgano principal, la Comisión fue fortalecida en sus atribuciones<sup>311</sup>, adquiriendo relevancia, saliendo de ese papel de encargado de la promoción de los Derechos Humanos y constituyéndose en verdadero defensor de esos derechos (contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); pues sus atribuciones políticas y diplomáticas, se vieron reforzadas, constituyéndose en el único órgano de la OEA con facultades especiales en el

---

<sup>309</sup> <http://www.wcl.american.edu/humright/digest/sp13.cfm> OEA/Ser.L/V/II.14, doc. 35, 30 de junio de 1966, CIDH, Informe sobre la labor desarrollada durante el Décimotercer Período de Sesiones del 18 al 28 de abril de 1966, pp. 26–27.

<sup>310</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-31.html>. Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967, art. 51 de la Carta de la OEA, que establece: La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de: .. e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

<sup>311</sup> *Ibidem supra*, art. 112 de la Carta de la OEA que estableció que:”Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia “.

ámbito de los Derechos Humanos, sin perjuicio de convertirse en el único órgano consultivo de la OEA sobre esos mismos asuntos.

Otro aspecto necesario a considerar en la previsión del art. 150 de la Carta, reformada por el indicado Protocolo, es que se estableció que “Mientras no entre en vigor la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual CIDH velará por la observancia de tales derechos”<sup>312</sup>; esta reforma de manera indirecta otorgó fuerza jurídica obligatoria a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, si se tiene en cuenta que el art. 2º del Estatuto original de la Comisión (encargada de velar por la observancia de los derechos) entendió que los Derechos Humanos eran los señalados en la Declaración, en esa virtud, todos los Estados miembros de la OEA tienen como referencia lo que se debe entender por Derechos Humanos protegidos, tanto en el Estatuto como en la Carta, que no son otros que los relacionados en la Declaración.

Finalmente no se podría dejar de hacer referencia al Protocolo de Buenos Aires de 1967, al mencionar que la segunda parte del art. 112 de la Carta (a la que modifica), estableció que: “Una convención interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como la de los órganos encargados de esa materia”<sup>313</sup>; al determinarse la creación de una “Convención”, se encomendó a la Comisión el elaborar un proyecto de CADH, como ya se manifestó en el punto 1.2 del presente trabajo.

A efecto de considerarse el proyecto de Convención elaborado por la Comisión (además de otros proyectos realizados por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y los presentados por los gobiernos de Chile Uruguay), se convocó a una Conferencia especializada sobre la materia en 1969, en San José de Costa Rica, que dio como resultado la aprobación de la CADH, denominada Pacto de San José, adoptada el 21 de noviembre de ese año, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. A efecto de que la Convención pueda garantizar el respeto de los derechos consagrados en la misma se estableció dos instituciones: la CIDH y la Corte IDH.

---

<sup>312</sup> *Ibíd.*, art. 150

<sup>313</sup> *Ibíd.*, art. 112 referido.

Desde que ha entrado en vigor la Convención (1978), la Comisión adquiere una gran relevancia por que empieza a ejercer una doble función, pues actúa según los Estados miembros de la OEA hayan o no ratificado la CADH.

En el primer caso, es decir cuando los Estados han ratificado la Convención se cuenta con dos órganos de protección, que son la Comisión y la Corte IDH, en cuanto a la primera, se redefinen sus funciones en el art. 41 de la Convención, que recoge las atribuciones del art. 9 y 9 -bis- de su Estatuto, ejerciendo importantes atribuciones casi judiciales, como es la contenida en el art. 41 inc. f) relativo al procedimiento de conciliación; los derechos protegidos no son solo los señalados en la Convención, sino que también se reconoce y protege los derechos especificados en la Declaración Americana, teniendo en cuenta que esos derechos operan como una especie de derecho consuetudinario y fuente de Derechos Humanos, *máxime* si en la Convención existe vacío u omisión en relación con la regulación de los derechos, económicos, sociales y culturales, que son salvados con la interpretación que se hace de los mismos en la Declaración.

En el segundo caso, cuando los Estados no han ratificado la Convención, solo cuentan con un órgano de protección que es la CIDH, que ejerce atribuciones que tienen un carácter más político y diplomático, conservando sus competencias anteriores y las funciones señaladas en el referido art. 41 de la Convención, con excepción del mencionado inciso f) referido al procedimiento de conciliación, que se aplica únicamente a los Estados partes de la Convención; así mismo los derechos protegidos son los contenidos en la Declaración Americana.

## **II.2.1 La regulación jurídica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

El marco legal en el que se desarrolla la estructura de la Comisión y su competencia, se encuentra establecido en la carta de la OEA (modificada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), luego por la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1967 (en vigencia desde 1978), el Estatuto

de la CIDH (aprobado en 1979) y el Reglamento de la CIDH (con últimas reformas del 2009 y 2013<sup>314</sup>).

### **II.2.1.1 Composición y elección**

Las normas de los arts. 34 a 38 de la Convención, 2 a 7 del Estatuto, así como los arts. 1 y 2 del Reglamento, establecen en líneas generales la composición de la Comisión y sus mecanismos de selección.

La Comisión está compuesta de siete miembros, de alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de Derechos Humanos; son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal y en calidad de expertos, de una lista de candidatos propuestos por los Estados miembros (sean o no parte de la Convención); sus miembros pueden ser reelegidos por cuatro años, permitiéndose reelección por una sola vez; el mandato de tres de los primeros miembros electos expirará al cabo de dos años; los puestos vacantes que no se deban a la expiración normal del mandato (como muerte, renuncia) corresponden ser cubiertas por el Consejo Permanente de la OEA y sometido a la aprobación de la Asamblea General; no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado y cada uno de los gobiernos puede proponer hasta tres candidatos (nacionales o de cualquier otro Estado miembro de la OEA).

Es importante hacer notar que no constituye un requisito para ser miembro de la Comisión de la OEA el ser abogado. En cuanto a la alta autoridad moral, implica condiciones morales (públicas y privadas) que garanticen su independencia política y aseguren el cumplimiento de los valores, principios y derechos que el sistema consagra y protege; con referencia a la reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, se debe tener en cuenta la hoja

---

<sup>314</sup> El Reglamento de la Comisión fue reformado por la aprobación que se dio por dicha Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. Asimismo la CIDH emitió la Resolución 1/2013 de 18 de marzo de 2013 de "Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas", por la que se ha resuelto reformar solo los artículos 25, 28, 29, 30, 36, 37, 42, 44, 46, 59, 72, 76 y 79 de su Reglamento, aprobado en su 137° período ordinario de sesiones celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, reforma adoptada que tiene como fecha de vigencia a partir del 1 de agosto de 2013. Cambios sustantivos que entraron en vigencia en la fecha señalada, como reconoció la Presidenta de la CIDH, Tracy Robinson, en el Comunicado de Prensa N° 43/14 de el 23 de abril de 2014, cuando la CIDH presentó su Informe Anual, señalando que: "Dichas reformas tuvieron lugar en el contexto de un dialogo abierto y constructivo, y del proceso de fortalecimiento respecto del SIDH que tuvo lugar entre 2011 y 2013, liderado por el Consejo Permanente y la Comisión" (on line en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp>).

de vida, en cuanto expresa esos conocimientos, públicamente reconocidos; ambos requisitos, no deben nunca ser soslayados, siendo esa la única garantía que se tiene para un ejercicio idóneo en el cargo, sin embargo no han faltado críticas por la falta de transparencia en algún proceso de selección.

La disposición de expiración de mandato de tres de los primeros al cabo de dos años y la reelección por una sola vez, tienen por finalidad que exista alternancia en sus miembros, lo que es muy saludable para cualquier sistema, evitando que comisionados se hagan “dueños de los cargos”, lo que sería totalmente negativo para la institución.

En los hechos los gobiernos no proponen tres candidatos como está permitido, sino uno, procurándose que ese sea elegido. En cuanto a que exista un miembro por cada Estado parte, se tiene el caso del Comisionado Juan Méndez que fue electo por Argentina, pero al haber adquirido nacionalidad estadounidense, tuvo que renunciar a su cargo, pues en ese entonces (2003) la Comisión ya contaba con otro miembro de EE.UU.<sup>315</sup>.

### **II.2.1.2 Régimen de incompatibilidades, impedimentos e inhabilidades**

La referencia al régimen de **incompatibilidades**, implica que el cargo de miembro de la Comisión es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad (arts. 71 de la Convención, 8 del Estatuto, 4 N° 1 del Reglamento).

Quienes son Comisionados, no son representantes del Estado al que pertenecen, sino que son representantes de la Institución de la entidad, pero ello no impide que se establezcan incompatibilidades de ese cargo con otros que puedan comprometer su imparcialidad por temerse que se responda a las instrucciones y mandados del Estado al que pertenecen. Aunque ninguna de las normas referidas señala expresamente que cargos motivarían la incompatibilidad, ese extremo se deja a consideración y análisis de quienes deben resolver una situación de esa naturaleza; por ejemplo es obvio que se comprometería la dignidad y el prestigio de su cargo de Comisionado, cuando alguien que ostenta esa investidura es al mismo tiempo un funcionario público, sea que forme parte

---

<sup>315</sup> <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/Nuevdh/dh2/Infanual2003.htm>. Informe Anual de la CIDH 2003, p. 2.

del Órgano Judicial, del Ejecutivo como Ministro de Estado o del Órgano Legislativo como Senador o Diputado.

En cuanto al procedimiento en caso de que se de alguna causa de incompatibilidad serán cinco miembros de la Comisión, quienes deberán determinar si existe o no incompatibilidad, éstos elevaran su determinación a conocimiento de la Asamblea General de la OEA, que declarará la incompatibilidad por mayoría de los dos tercios de los Estados miembros de la Organización, el efecto será la inmediata separación del cargo de miembro de la Comisión.

La primera parte, relativa a la decisión de la Comisión, se la asume por cinco de los siete miembros que tiene la Comisión, teniendo en cuenta que uno de ellos no participa en la votación por ser la persona afectada, la mayoría calificada se convierte en los votos de cinco de esos miembros, es decir que virtualmente la decisión es por unanimidad. En cuanto a la decisión de la OEA, difícilmente se puede dar tal determinación o es poco probable, teniendo en cuenta por un lado que ese es el órgano que eligió a los miembros de la Comisión, además de la mayoría calificada que se requiere para ello (dos tercios de los Estados miembros).

En relación con los **impedimentos**, el miembro de la Comisión que sea nacional que resida en el territorio del Estado donde deba realizarse una observación *in loco* está impedido de participar en ella; a su vez, los miembros de la Comisión no podrán participar en una discusión, investigación, deliberación o decisión, de un asunto sometido a la consideración de la Comisión, cuando fueran nacionales del Estado objeto de consideración o si previamente hubiesen participado en alguna decisión sobre los hechos en que se funda el asunto (art. 54 del Reglamento).

Finalmente con referencia a la **inhibición**, las normas contenidas en los artículos mencionados (arts. 17 N° 2, 3 y 4 del Reglamento de la Comisión), tienen por finalidad establecer las causales por las que un Comisionado pueda tener un conflicto de intereses en los casos en los que deba pronunciarse y en tal situación lo que corresponde es comunicar esa circunstancia a la Comisión, la que decide si es o no procedente la inhibición; cualquier miembro de la Comisión podrá solicitar la inhibición de otro miembro fundándose en alguna de las



causales antes referidas, e igualmente se entiende que cualquiera de las partes de un asunto podrán hacer una solicitud en ese mismo sentido.

Si es que los Comisionados son elegidos teniendo en cuenta su alta autoridad moral y su competencia en materia de Derechos Humanos, parecería innecesario establecerse un catálogo de circunstancias que hacen a impedimentos e inhibiciones referidas al hecho de ser nacional en un determinado asunto, máxime si se tiene en cuenta que los Comisionados no representan al Estado del que son miembros, sino que representan a la Comisión como órgano de la OEA encargado de la protección de los Derechos Humanos; habría sido ideal que en la redacción de las circunstancias referidas, se haya tenido en cuenta el sentido y el espíritu de la CADH, que al referirse a la actividad de los jueces de Corte señala que ellos podrán conocer los asuntos sean nacionales o de alguno de los Estados parte en el caso sometido a su conocimiento (art. 55 de la Convención).

### **II.2.1.3 Organización y funcionamiento**

La Comisión tiene su **sede** fijada en Washington, lo que no impide que ésta pueda sesionar en cualquier Estado miembro de la OEA, con la anuencia del gobierno respectivo o por invitación suya (art. 16 del Estatuto).

Con referencia a la **organización interna** de la directiva de la Comisión, está compuesta por un Presidente, un primer Vicepresidente y un segundo Vicepresidente; su elección será secreta, sin que se impida que por acuerdo de sus miembros se adopte un procedimiento diferente; los miembros de la directiva tienen un mandato de un año de duración, pudiendo ser reelegidos solo una vez en cada período de cuatro años; en caso de renuncia de uno de sus miembros, se llenará el cargo por la Comisión en la sesión siguiente, por el tiempo que reste el mandato de quien dejó el cargo (arts. 2, 6, 7, 8 y 9 del Reglamento).

La **Secretaría Ejecutiva** de la Comisión es una unidad administrativa especializada que cumple las tareas que le encomienda la Comisión, está compuesta por un Secretario Ejecutivo, un Secretario Ejecutivo adjunto y personal profesional, técnico y administrativo necesario. Las funciones de la Secretaría Ejecutiva están vinculadas a la preparación de proyectos de informes, estudios u otros trabajos que le encomiende la Comisión o el Presidente, dará trámite a las

peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión, podrá solicitar la información —que considere pertinente a las partes interesadas—, estudio y tramitación inicial a las peticiones presentadas a la Comisión (art. 21 del Estatuto y arts. 11, 12 y 13 del Reglamento).

Entre las atribuciones más relevantes de la Secretaría Ejecutiva está la relativa a dar trámite a las peticiones referidas, lo que implica un estudio para la correspondiente tramitación inicial de dichas peticiones, pudiendo solicitar al peticionario complete requisitos; esa competencia no le faculta para desestimar una petición (que es atribución de la Comisión), pero en la práctica no han sido pocas las veces en que asumió ese rol, competencia que no se encuentra prevista ni en la Convención ni en norma alguna, lo que dificulta la relación entre los peticionantes y la Comisión.

El Secretario Ejecutivo<sup>316</sup> debe ser una persona de reconocida autoridad moral y versación en materia de Derechos Humanos, designado por el Secretario General de la OEA en consulta con la Comisión, al ser un funcionario de plena confianza de quien lo designa, ese lo puede separar de sus funciones cuando pierde la confianza en el mismo, informándole fundamentadamente las razones de su determinación, previa consulta a la Comisión (art. 21 del Estatuto); en igual sentido se entiende que la Comisión puede removerlo en cualquier tiempo (teniendo en cuenta que no es designado por un plazo fijo de tiempo), cuando la misma haya perdido la confianza en ese funcionario o solicitarle al Secretario General de la OEA que lo remueva y designe a otro en su lugar.

La Comisión tiene por lo menos dos períodos ordinarios de **sesiones** al año, por el lapso que la misma determine, también fijará el número de sesiones extraordinarias que considere necesario; las sesiones se celebran en su sede, sin que ello impida que por acuerdo de sus miembros se reúnan en otro lugar, con la anuencia o invitación del gobierno del respectivo Estado; las sesiones serán reservadas, lo que no implica que puedan ser lo contrario; cuando un miembro no pueda asistir a una sesión, deberá notificar esa situación al Secretario Ejecutivo, quien informará al Presidente y hará constar en acta; en cada sesión se levantará un acta en la que conste el día y hora de su celebración, nombres de los

---

<sup>316</sup> Entre las atribuciones del Secretario Ejecutivo están: "...", según lo establecido por el art. 12 del Reglamento.

presentes, asuntos tratados, decisiones adoptadas y cualquier declaración formulada por los miembros de la Comisión (arts. 14 del Reglamento).

Para constituir **quórum** para sesionar se requiere la presencia de la mayoría absoluta de los miembros, en igual sentido, para formar quórum para decidir en aspectos puntuales tales como: la elección de la directiva, la interpretación del Reglamento, adopción de informe sobre Derechos Humanos de un Estado o cuando tal mayoría está prevista en la Convención, Estatuto o Reglamento; teniendo en cuenta que los miembros de la Comisión son siete, la mayoría absoluta estaría representada por la mitad más uno, es decir por cuatro Comisionados. Fuera de los casos expresamente señalados en la norma, se abre la posibilidad de que en todos los otros asuntos sea suficiente el voto de la mayoría de los miembros presentes (arts. 16 y 18 del Reglamento).

#### **II.2.1.4 Competencias**

La CIDH, como órgano de la Organización de los Estados Americanos, tiene un ámbito jurisdiccional con competencias que varían respecto de los Estados que no han ratificado la CADH, en relación con aquellos que si la han ratificado, lo que sin duda implica un carácter dual en el SIDH.

El art. 35 de la Convención establece que la Comisión representa a todos los Estados miembros de la OEA y se encomienda a dicha Comisión el promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos<sup>317</sup>, se entiende claramente que esa protección se otorga en el territorio de todos los Estados miembros de la OEA, sean o no parte de la Convención.

Las competencias iguales o diferentes que tiene la Comisión respecto a Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención, así como también los Estados partes de la Convención, se extractan de la lectura del art. 41 de la Convención, pues todas esas atribuciones, con excepción a la contenida en el inc. f)<sup>318</sup>, la Comisión las ejerce respecto a todos los países miembros de la OEA (hayan ratificado o no la Convención); pero con más precisión se entiende la

---

<sup>317</sup> Art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>318</sup> Art. 41 inc. f) “actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y”

diferencia de las competencias de la lectura de los arts. 18 y 19 del Estatuto de la Comisión.

Entre las competencias que tiene la Comisión para todos los Estados miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, están todas aquellas orientadas a la **promoción de los Derechos Humanos**, estimulando el que se vaya adquiriendo conciencia de los mismos, efectuando recomendaciones para que se adopten medidas en su favor y ejerciendo una función consultiva y de asesoría de la Comisión<sup>319</sup>.

En relación con la última de las funciones (consultiva y de asesoría), es necesario realizar algunas precisiones; no debe confundirse la función Consultiva de la Corte IDH, con la misma función —pero con otros alcances— que tiene la CIDH. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 64 de la Convención, los Estados podrán Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención y otros tratados, así como de la compatibilidad entre sus leyes internas y los instrumentos internacionales, función consultiva que implica un verdadero control normativo de la Convención y demás tratados, habida cuenta que la Corte interpretará la Convención u otros Tratados y hasta podrá determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la norma internacional con la legislación interna de cada Estado.

Dicha función en sus alcances, es diferente a función consultiva que ejerce la Comisión, que no realiza un control normativo, sino más bien una función de asesoramiento a los Estados miembros en relación al desarrollo de los Derechos Humanos, en forma particular su asesoramiento se manifiesta a través de la elaboración de proyectos de protocolos adicionales a la Convención<sup>320</sup> o de otros tratados, no debe olvidarse que la Comisión ha intervenido en la preparación del

---

<sup>319</sup> Art. 41 inc. a) “estimular la conciencia de los Derechos Humanos en los pueblos de América”; inc. b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los Derechos Humanos, dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a estos derechos”; e) “atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con Derechos Humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten”. Todas estas atribuciones concuerdan con las señaladas por los incs. a), b) y e) del art. 18 del Estatuto de la Comisión.

<sup>320</sup> El art. 77 de la Convención establece: “1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.”

Protocolo de San Salvador, en la elaboración de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en la preparación del Protocolo referido a la abolición de la pena de muerte y en los proyectos de Convención sobre desaparición forzada de personas y sobre la violencia contra la mujer.

Otra de las competencias que tiene la Comisión en relación con todos los Estados miembros de la OEA (hayan o no ratificado la Convención) está referida a la preparación y publicación de **informes** sobre la situación de los Derechos Humanos de un determinado país, además de solicitar informes a los Estados miembros<sup>321</sup>; gracias al ejercicio de esa función de preparación de estudios e informes, la Comisión acostumbra a elaborar informes especiales sobre la situación global de los Derechos Humanos en cualquier país, referidos a situaciones específicas de cada Estado, sean temas relativos a campesinos, indígenas, mineros, minorías, asuntos políticos, etc., etc..

En el caso Boliviano, la Comisión el año de 1981 elaboró un Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Bolivia, relativo a denuncias a violaciones de la vida y asuntos de persecución política; otro caso se dio en año de 1996, cuando la Comisión efectuó su Informe sobre los hechos ocurridos en las localidades de Amayapampa y Capasirca en el Norte del Departamento de Potosí, oportunidad en la que se dio una crisis de la actividad minera, la ocupación de las minas de Amayapampa y la ruptura de las negociaciones con el gobierno llevó a que las autoridades hagan uso de la fuerza pública para el restablecimiento del orden en la zona, el desalojo de los ocupantes y la restitución de la mina a sus propietarios, lo que trajo como consecuencia que el 19 de diciembre de 1996, murieran a manos de efectivos militares y policiales muchos mineros bolivianos<sup>322</sup>.

Es de destacar el Informe que el 2007 elaboró la CIDH de Derecho Humanos, en el caso boliviano, relativo al “Acceso a la Justicia e Inclusión Social:

---

<sup>321</sup> Art. inc. c) “preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones”, d) “solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de Derechos Humanos”, g) “rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”; normas que concuerdan con los incs. c), d) y f) del art. 18 del Estatuto de la Comisión. Además de lo establecido en los 42 y 43 de la Convención.

<sup>322</sup> Esos informes especiales, relativos a problemas específicos que se presentaron en Bolivia, se pueden leer *in extenso* en: <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>, Red de Información Jurídica, DERECHOS HUMANOS, Jurisprudencia y decisiones internacionales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes sobre países, Bolivia.

El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia”, que dio lugar a otro informe que el año 2009 se realizó en dicho país, relativo al “Informe de seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”<sup>323</sup>, en que se realizó un análisis sobre los temas de administración de justicia, derechos de las personas privadas de libertad, derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, derechos de las mujeres, derechos de los niños y niñas, y derechos de las personas refugiadas o solicitantes de la condición de refugiadas.

Las competencias antes mencionadas (relativas a las actividades de promoción de los Derechos Humanos —consulta y asesoramiento— y elaboración de informes especiales), son atribuciones que tiene la Comisión en relación con todos los Estados miembros, como se manifestó, y reflejan de una u otra manera, el carácter político y la habilidad diplomática de los Comisionados en el ejercicio de sus funciones.

Existe otro tipo de competencia que tiene la Comisión, única y exclusivamente en relación con los Estados que han ratificado la Convención y se refleja en la norma del art. 41 inc. f), la misma se refiere al conocimiento y resolución de **peticiones individuales** en las que se denuncia la violación de alguno de los derechos protegidos, incluyendo actividades de investigación; además se brinda la posibilidad a la Comisión de actuar como un órgano de conciliación, para lograr una solución amistosa en cuanto al reclamo planteado o caso contrario solicitar un pronunciamiento a la Corte IDH.

Esta actividad se acerca más a una función jurisdiccional o por lo menos cuasi jurisdiccional, ya que en el conocimiento de esas peticiones o denuncias individuales, existe todo un procedimiento previamente establecido, en el que presentada la denuncia se la pone en conocimiento del Estado denunciado para que se pronuncie al respecto, realizando los alegatos que vea por conveniente, luego de un examen de lo manifestado por las partes y de los antecedentes que cursen en obrados, la Comisión emite una posición final, sea por una solución amistosa ejerciendo para ello sus habilidades diplomáticas, o tal vez una recomendación que pueda realizar al Estado involucrado (en la exposición de

---

<sup>323</sup> OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, 7 agosto 2009 Original: Español. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2009sp/Cap.V.Indice.htm>.

hechos y conclusiones), que tenga un carácter probablemente político más que jurídico o finalmente, puede elevar el asunto a decisión de la Corte, lo que demuestra con mayor nitidez su carácter *cuasi* jurisdiccional.

## **II.2.2 Procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales para Estados partes en la Convención Americana**

La protección de los Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano, así como la supervisión del cumplimiento de la obligación que han asumido en la CADH por los Estados partes, se encuentra reservada a dos órganos internacionales como son: la CIDH y la Corte IDH, ambas tramitan y conocen las distintas etapas por las que atraviesa el procedimiento contencioso regulado en la CADH, en relación con las peticiones individuales que se realizan, así como con referencia a las comunicaciones estatales; a nivel de la CIDH, se pasará a conocer el trámite de ese procedimiento.

### **II.2.2.1 *El derecho de petición individual***

El derecho de petición individual puede ser ejercido por cualquier persona o grupo de personas (en su propio nombre o en el de terceras), o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, quienes pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas referentes a la presunta violación por un Estado parte de alguno de los Derechos Humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento, como se reconoce en el art. 44 de la Convención y 23 del Reglamento de la Comisión; en consecuencia,

tienen **legitimación activa** para presentar denuncias individuales, cualquier persona o grupo o entidad no gubernamental de un Estado que es miembro de la organización, sin importar que sea nacional o no de un Estado parte de la Convención<sup>324</sup>.

Este sistema de peticiones individuales, no es una creación directa del SIDH, pues ya en Roma, el 04 de noviembre de 1950, se suscribió el CEDH, que en su texto actual, art. 34, reconoce la posibilidad de presentación de demandas individuales<sup>325</sup>. Debe tenerse en cuenta que el Protocolo N° 11 (que revisa el CEDH) dio un gran salto en materia de peticiones individuales, pues otorgó legitimación activa a los afectados para acudir al Tribunal Europeo. Dentro de la estructura del SIDH, si bien se da legitimación a la persona afectada, sin embargo ésta no tiene la facultad de acudir de manera directa a la Corte IDH, sino que necesariamente deberá presentarla previamente ante la Comisión.

En el SIDH, esa facultad de petición individual constituye la mejor garantía con la que se puede contar, para que a través de una iniciativa propia, se pueda otorgar una protección internacional de sus derechos y en caso de demostrarse la violación que denuncian, inclusive está abierta la posibilidad de una reparación a su favor; es esa la razón por la que se puede afirmar que se ha consagrado una verdadera *actio popularis* puesto que esa persona ni siquiera precisa ser en forma directa la víctima<sup>326</sup> de la violación que denuncia o su representante legal, sino que de manera directa en nombre propio o el de terceras personas, puede denunciar una presunta violación de alguna o varias de las normas contenidas en distintos instrumentos internacionales que forman parte del SIDH, haciendo que éste sistema de protección sea realmente eficaz puesto que en “su propio nombre

---

<sup>324</sup> La Presidenta de la CIDH, Tracy Robinson, en el Comunicado de Prensa N° 43/14 de el 23 de abril de 2014, manifestó: “En 2013, la Comisión recibió y registro más de 2.000 peticiones, la cifra más elevada en la última década. La Comisión sigue dedicando esfuerzos para acortar el periodo de evaluación inicial y priorizar la primera respuesta al peticionario, así como la notificación al Estado en cuestión. Del total de peticiones revisadas en 2013, el 83% no fue abierto a trámite, mientras que el 17% sí lo fue” (on line: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp>).

<sup>325</sup> El art. 34 de la Convención Europea, al referirse a las demandas individuales establece: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de ese derecho.

<sup>326</sup> En este punto es importante tener en cuenta que bien puede ser un denunciante la víctima del hecho que denuncia, pero no necesariamente, pues está establecida la posibilidad de que un denunciante sea una persona que no tenga ninguna relación con la víctima, aunque lo que si es necesario es que para que haya denuncia debe haber una víctima; vale decir que en el Sistema Interamericano la víctima y el denunciante puede tratarse de la misma persona o no y en el último caso (es decir si se trata de personas diferentes) pueden o no tener relación entre ellas.



o en el de terceras personas” el individuo cualquiera, es sujeto de derecho internacional y que no precisa de un Estado determinado (que haya o no ratificado la Convención) para que se solicite esa protección.

Cuando la norma del art. 40 de la Convención hace referencia a “cualquier persona”, se entiende que puede tratarse de personas físicas o individuales, así como de personas jurídicas, obviamente que en el último caso la limitación tendrá que estar establecida por la naturaleza de una persona colectiva, que por el solo hecho de ser tal, no goza ni puede ser titular de todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales a personas físicas, como es por ejemplo no ser titular de un derecho a la libertad personal, pero si de una protección judicial.

Entre otros legitimados activos se hace mención a “una entidad no-gubernamental legalmente reconocida” se entiende que se trata de aquellas entidades que dentro de un Estado miembro de la OEA no tienen fines de lucro y que de una u otra manera son las encargadas de articular los intereses comunes de la sociedad civil; pero no por ello se habilita ni se encuentran legitimados activos personas jurídicas o entidades de derecho privado como si las mismas tuviesen intereses comunes, lo que no se puede dar.

En forma expresa no se reconoció la posibilidad de que sean las entidades estatales (inclusive el Defensor del Pueblo), las que puedan presentar denuncias en contra de su propio Estado o de otro Estado; pero la práctica hace que esa posibilidad pueda darse, así la Comisión reconoció la legitimación activa del Defensor del Pueblo de Bolivia, cuando recibió y conoció una petición presentada por esa entidad estatal, a quien lo reconoció como “el peticionario”, cuando el Defensor del Pueblo de Bolivia alegó la violación por parte del Estado boliviano 1, 2, 12, 24 y 25 de la CADH en perjuicio del ciudadano boliviano Alfredo Díaz Bustos<sup>327</sup>.

También existe la posibilidad de que la Comisión tenga conocimiento de una vulneración no por denuncia de un individuo o grupo o entidad no gubernamental o entidad del Estado, sino de *motu proprio* y dentro del marco de lo previsto por el art. 24<sup>328</sup> del Reglamento de la Comisión, que establece que la

---

<sup>327</sup> La Comisión elaboró el Informe N° 52/04 de admisibilidad de la petición 14/04, titulada Alfredo Díaz Bustos, Bolivia; posteriormente el caso fue resuelto por la vía conciliatoria o de solución amistosa, como se constata en el Informe N° 97/05 de 27 de octubre.

<sup>328</sup> Establece: “La Comisión podrá, *motu proprio*, iniciar la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin”.

Comisión puede actuar por propia iniciativa, en todos aquellos casos que se considere conveniente; vale decir que en alguna medida, el órgano competente para conocer una vulneración sería al mismo tiempo una especie de legitimado activo para promover el trámite del procedimiento, lo que si bien es racional desde el punto de vista del papel que le corresponde a la Comisión como órgano de protección de los Derechos Humanos, sin embargo no es del todo atinado que quien inicia o promueve un procedimiento, sea el mismo órgano encargado de otorgar o no la protección, dependiendo del caso.

A su vez y dentro del alcance del mismo art. 44 de la Convención, la **legitimación pasiva** se adquiere por la coincidencia que se da entre el Estado que presuntamente causó la violación a los Derechos Humanos y de aquel contra quien se dirigió la acción, que en la redacción de referencia la tendría única y exclusivamente los Estados partes de la Convención, puesto que sólo los Estados que han ratificado la Convención o se han adherido a sus normas, pueden ser denunciados y demandados dentro de un procedimiento contencioso.

En consecuencia, el ejercicio del derecho de petición individual por el legitimado activo, es un **derecho automático** que éste tiene cuando presenta su denuncia contra uno de los Estados partes de la Convención, que son los únicos legitimados pasivamente; puesto que en caso contrario, cuando se presenta una denuncia individual contra un Estado miembro de la organización, pero que no es parte de la Convención, al no existir un derecho automático del peticionante, la Comisión se encontrará imposibilitada de conocer el fondo de lo denunciado, por falta de legitimación pasiva en el Estado denunciado.

#### **II.2.2.2. Comunicaciones estatales**

Todo Estado parte (en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión o en forma posterior) puede declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte incurrió en violaciones de los Derechos Humanos establecidos en esta Convención, como se establece en el art. 45.1 de la Convención; a su vez, en el marco de lo previsto por el art. 45.2 del mismo instrumento legal, se tiene la legitimación activa y pasiva de los Estados.

Tienen **legitimación activa** para presentar comunicaciones estatales o pueden ser considerados como Estados denunciadores, aquellos Estados partes de la Convención que hayan hecho una declaración por la cual reconozcan la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones que otros Estados puedan presentar en su contra. Entre los Estados miembros de la OEA —que han ratificado la Convención y que además han reconocido la competencia de la Comisión para conocer comunicaciones en las que se denuncia violación de Derechos Humanos contra otro Estado parte de la Convención— están: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>329</sup>.

La **legitimación pasiva** se refiere a los Estados partes de la Convención, que además de haber ratificado, han declarado en forma expresa que aceptan la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de otros Estados partes de la Convención; es un derecho que tiene como base la “reciprocidad” en cuanto sólo puede ser ejercido por un Estado parte contra uno legitimado pasivamente por haber realizado una declaración similar.

Se había manifestado que entre los legitimados activos pueden estar también los legitimados pasivos (Estados de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela). En forma particular, el Estado Boliviano por Ley de 11 de febrero de 1993 ratificó el Pacto de San José de Costa Rica o Convenio Americano y en su art. 2º se dispuso: “reconocer la competencia de la CIDH, conforme a lo establecido en el artículo 45 de la Convención”; pero en forma expresa, lamentablemente el Estado boliviano no aceptó la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de otros Estados partes de la Convención —siendo esa la razón por la que de entrada no se reconoce la legitimación activa ni pasiva del Estado boliviano, tratándose de las comunicaciones estatales— sin perjuicio que en algún caso pueda asumir en forma posterior esa Ley.

Presentada a conocimiento de la Comisión, la comunicación —por el Estado legitimado activamente— será transmitida al Estado parte aludido o

---

<sup>329</sup> Es necesario dejar establecido que Venezuela presentó al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fechado el 6 de septiembre de 2012, denuncia que entrará en vigor en el plazo de un año. Como se evidencia en el Comunicado de Prensa de 12 de septiembre de 2012, emitido por la CIDH, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>

legitimado pasivamente, con la finalidad de que éste haya aceptado o no la competencia de la Comisión. En el primer caso, es decir si el Estado legitimado pasivamente aceptó antes la competencia de la Comisión (que serían los nueve países antes referidos) no existe ningún problema y se continúa la tramitación del procedimiento; pero en caso contrario, vale decir cuando el Estado legitimado pasivamente es parte de la Convención, pero no aceptó antes la competencia de la Comisión para conocer comunicaciones, en esa situación el art. 50.1 del Reglamento de la Comisión establece que la comunicación le será transmitida a efecto de que dicho Estado pueda ejercer la opción referida en el art. 45.3 de la Convención, reconociendo esa competencia (que puede hacerse para que rija por tiempo indefinido, por período determinado o para casos específicos) para el caso específico objeto de la comunicación.

La relación anterior evidencia el **derecho opcional** que tiene el Estado parte de la Convención de ser legitimado pasivamente, en cuanto puede no aceptar la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en su contra, pero de manera alternativa, también se le abre la posibilidad de reconocer esa competencia de la Comisión (por cierto tiempo o indefinidamente, declaración que se debe presentar a la Secretaría General de la OEA) para el caso, es decir conocer la comunicación que se ha presentado en su contra.

En el caso de que el Estado legitimado pasivamente haya aceptado la competencia de la Comisión (antes o después de que se le transmita la comunicación) para recibir y examinar las comunicaciones de otro Estado parte en su contra. El trámite del procedimiento contencioso es el mismo que rige tratándose de las peticiones individuales, en las que se invoque la lesión de derechos fundamentales y el incumplimiento de obligaciones asumidas en la CADH.

Dentro del SIDH, la regulación de un derecho opcional por un Estado parte de la Convención —tratándose de las comunicaciones que se realizan de un Estado a otro— difiere en lo absoluto de la regulación establecida en el sistema europeo, puesto que en el CEDH, de acuerdo con el art. 33<sup>330</sup>, los asuntos entre

---

<sup>330</sup> El art. 33 dispone que: “Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueden ser imputado a otra Parte Contratante”.

Estados o las denuncias estatales, no son opcionales, sino que forman parte de un derecho automático, derivado de la sola circunstancia de considerar que el Estado es parte de la Convención o es Alta Parte Contratante, por ese solo hecho ya se abre la competencia del órgano correspondiente para tramitar esa comunicación.

### II.2.2.3 Establecimiento de la competencia de la Comisión

Cuando se presenta a conocimiento de la Comisión una petición individual o una comunicación estatal, lo primero que tiene que hacer este órgano es determinar si tiene o no competencia para conocer el caso, para eso analizará si se presentan los presupuestos procesales que abren su competencia; existen cuatro factores que determinan la competencia y son: objetivo, subjetivo, territorial y temporal.

El factor que determina la competencia *subjetiva*, se refiere a la calidad de las personas que intervienen y son partes del procedimiento, está viene a ser la **competencia en razón de las personas**, sean éstas denunciantes o denunciados; este tipo de competencia se puede considerar desde dos puntos de vista, desde el legitimado activo o denunciante, así como del legitimado pasivo o denunciado.

Se abre la competencia de la Comisión cuando la *petición individual* ha sido presentada por el *denunciante o legitimado activo*, que podrá ser cualquier persona o grupo de personas (en su nombre o en el de terceras) o entidad no gubernamental de uno o más Estados miembros de la organización, respecto a la presunta violación de alguno de los Derechos Humanos reconocidos no solo en la Declaración Americana y CADH, sino también en otras Convenciones (Prevenir y Sancionar la Tortura, así como la Erradicación de la Violencia contra la mujer y Desaparición Forzada de Personas) y Protocolos (de San Salvador y de Abolición de Pena de Muerte); esta legitimación activa forma parte de un *derecho automático* que tiene todo Estado miembro de la organización, por el solo hecho de presentar su denuncia contra un Estado parte de la Convención.

La Comisión también tiene competencia cuando se presenta una *comunicación estatal* por el *denunciante o legitimado activo*, que será necesariamente un Estado que previamente haya aceptado la competencia de la

Comisión para que en su caso se puedan tramitar comunicaciones que han sido presentadas en su contra por otro Estado que también haya aceptado esa competencia con anterioridad o en forma posterior.

Esa competencia en razón de la persona, también se justifica no solo desde el punto de vista del legitimado activo sino también del legitimado pasivo que variará según se trate de peticiones individuales o de comunicaciones estatales. Se abre la competencia de la Comisión cuando una *petición individual* se presenta contra el *legitimado pasivo o denunciado*, que necesariamente es el Estado que presuntamente causó la violación a los Derechos Humanos, siendo ése de manera necesaria e imprescindible un Estado parte de la Convención.

Finalmente, la competencia de la Comisión se reconoce cuando ésta conoce una *comunicación estatal* presentada contra el *legitimado pasivo o denunciado* que serán los Estados partes de la Convención, que hayan declarando expresamente que aceptan la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de otros Estados partes de la Convención, o lo que es lo mismo el Estado legitimado pasivamente es aquel que en virtud de reciprocidad, realizó una declaración reconociendo (antes o después, en forma temporal o indefinida) la competencia de la Comisión.

En todo caso, la competencia de la Comisión en relación con la legitimación activa y pasiva de sus actores, se encuentra expresada con mayor amplitud en el punto anterior, referido a peticiones individuales y comunicaciones estatales.

Habiéndose hecho referencia hasta esta parte al factor subjetivo que determina la competencia (en relación con las personas del denunciante y denunciado o legitimados activos y pasivos), corresponde ahora desarrollar el factor *objetivo* del que deriva la competencia de la Comisión, en función a la naturaleza del caso sometido a su consideración, que viene a ser lo que en la doctrina se conoce como la **competencia por materia** objeto de la petición o comunicación.

Tratándose de *peticiones individuales*, en forma expresa, el art. 44 de la Convención abre la posibilidad que la Comisión pueda conocer denuncias o quejas de violaciones de la Convención que contiene normas relativas a Derechos Humanos, pero además una gran cantidad de otras normas en cuanto a otras obligaciones que van asumiendo los Estados partes; aunque no debe dejar de

considerarse el hecho de que el art. 27 del Reglamento de la Comisión establece que: “La Comisión tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de los Derechos Humanos consagrados en la Convención ...”, parecería que en la visión de esta última norma, se reduciría la competencia de la Comisión única y exclusivamente para conocer presuntas violaciones de los Derechos Humanos, pero no es así, si se tiene en cuenta la previsión del art. 29.b de la Convención la cual establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en sentido de: “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad...” , lo que implica que no puede reducirse la competencia de la Comisión a la denuncia de violación de Derechos Humanos, sino que en un sentido más amplio, además se reconoce la competencia de la Comisión para conocer cualquier otra violación de la Convención.

Al margen de las denuncias sobre presuntas violaciones sobre Derechos Humanos de la Convención, existen otras normas cuya violación pueden acarrear que se abra la competencia de la Comisión, como por ejemplo el que un Estado parte haya incumplido con su obligación de no adoptar las disposiciones de derecho interno que sean indispensables para garantizar los derechos y libertades consagradas en la Convención, como se establece en el art. 2 de la Convención; otra violación a la Convención podría darse cuando los Estados partes desconocen el art. 27 de la Convención, que regula la suspensión de garantías (en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia) en la medida y el tiempo limitados a la situación.

En cuanto a las *comunicaciones estatales*, el art. 45 de la Convención, establece que la competencia de la Convención se limita única y exclusivamente a violaciones de Derechos Humanos, es decir que no abarca a otro tipo de violaciones de la Convención.

En relación con peticiones individuales y comunicaciones estatales, en los que se denuncian violaciones de Derechos Humanos, debe tenerse en cuenta que esos términos implican la existencia de derechos que goza cualquier individuo frente al Estado, que es el único —dentro del alcance de la regulación internacional— que puede violar los Derechos Humanos, pero ¿cuáles son esos Derechos Humanos?, son los que se encuentran consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables, como establece el art. 27 del Reglamento de la

Convención, instrumentos que se encuentran detallados en la norma del art. 23<sup>331</sup> del mismo cuerpo legal.

Cuando se presenta a conocimiento de la Comisión la denuncia de violación de un derecho que se encuentra reconocido por el derecho interno del Estado parte —no así en la Declaración Americana, CADH o algún otro tratado que forme parte del Sistema Americano— la Comisión podrá desestimar la petición individual y en su caso la comunicación estatal, por carecer de competencia por la materia.

Vistos como han sido los factores subjetivos y objetivos que habilitan la competencia de la Comisión, corresponde ahora conocer el factor *territorial* que es el que se encuentra vinculado a una circunscripción territorial o a la jurisdicción dentro de la cual ha ocurrido los hechos que se denuncian, que se conoce como **competencia territorial o del lugar**.

Se debe partir del análisis de la previsión contenida en el art. 1 de la Convención, según el cual: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”; la jurisdicción que tiene todo Estado (parte de la Convención) se encuentra limitada físicamente al lugar en el que está dicho Estado delimitado por sus fronteras territoriales, pero siempre teniendo en cuenta que la jurisdicción de un Estado sale de sus fronteras físicas en aquellos casos en los que ejerce función jurisdiccional en misiones diplomáticas y consulares que se encuentran dentro de otro Estado.

Cuando se presenta una denuncia por violación de Derechos Humanos contra un Estado parte de la Convención, pero respecto a hechos que se habrían

---

<sup>331</sup> El art. 23 del Reglamento de la Comisión establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento.”



producido en otro Estado o lugar —con salvedad de las excepciones a las que se hizo referencia— la CIDH no tiene competencia para recibir y examinar la misma, ni tampoco las comunicaciones estatales, por falta de competencia en razón del territorio o lugar.

Finalmente, además de los factores subjetivo, objetivo y territorial, existe otro factor que es de *tiempo*, el mismo que es determinante para establecer cuál ha sido el momento en el que se ha cometido una violación en relación con la vigencia de la Convención; el factor tiempo viene a ser una especie de **competencia temporal**.

Dentro del procedimiento contencioso, en el ámbito de sus atribuciones, la Comisión es competente para otorgar la protección de los Derechos Humanos consagrados en la CADH y demás instrumentos internacionales; teniendo en cuenta el momento en que dichos instrumentos han sido aprobados por los Estados miembros de la organización, es decir que la Comisión (igual que la Corte) podrá ejercer funciones de protección; a partir de la aprobación por cada uno de los Estados —en virtud del principio de irretroactividad según el cual la norma contenida en los instrumentos internacionales, rige y es válida— la Comisión debe cuidar que la petición o la comunicación recaiga sobre hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Convención.

En aquellos casos en los que se habría iniciado la vulneración antes de la aprobación de la Convención por un Estado que es denunciado, pero cuya ejecución se ha ido manteniendo en el tiempo, consolidándose cuando ya se ha aprobado la Convención, en tal caso la Comisión (igual que la Corte) adquiere competencia en razón del tiempo final de ejecución del hecho denunciado como ilegal; esta situación suele darse generalmente en aquellos procesos judiciales que se tramitan por lapsos de tiempo extremadamente largos y que dan la posibilidad al Estado de aprobar la Convención, dicho Estado fácilmente puede ser un legitimado pasivo por vulneraciones a garantías judiciales.

#### II.2.2.4 Admisibilidad

Establecida la competencia de la Comisión<sup>332</sup> para examinar una petición individual o comunicación estatal, empieza a activarse el procedimiento de admisión, a cargo de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, la que le dará entrada a la petición o comunicación, registrándola y haciendo constar la fecha de recepción, acusando recibo al peticionario; una vez recibida y estudiada, se la procesa, dándole el correspondiente trámite inicial a todas aquellas que llenen los requisitos establecidos en el Estatuto y Reglamento (arts. 26.1 y 29.1.a del Reglamento de la Comisión).

Entre los **requisitos de forma** que deben cumplir los peticionantes o solicitantes y a ser considerados por la Comisión, está el señalar las generales del denunciante, indicando si desea que su identidad sea mantenida en reserva con relación del hecho, individualización de la víctima si es posible, indicación del Estado responsable, presentación en plazo, el haberse agotado el reclamo interno o su imposibilidad y si la denuncia está sometida a otro tipo de procedimiento internacional, con el detalle señalado en el art. 28 del Reglamento de la Comisión; en el caso de que la Secretaría Ejecutiva constate que la petición o comunicación no reúne los requisitos expresados, podrá solicitar que sean complementados, como se establece en el art. 26.2, 29.3, del Reglamento de la Comisión; en caso de no subsanarse la observación, se archivará el expediente, entendiéndose como si la petición o comunicación habría sido como no presentada.

Probablemente, una de las faltas que se constata en las normas anteriores, es que ni el Reglamento ni en ningún otro instrumento, se establece un plazo dentro del cual deben los peticionantes complementar cualquier observación. En el caso presentado contra el Estado boliviano por Raúl García Linera (actual Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia) y otros, por supuesta violación a los artículos 5, 7, 8, 11, 17, 21 y 25<sup>333</sup> de la CADH, la Comisión radicó la petición bajo el número 150/2001 y el 9 de mayo de 2001 solicitó información complementaria a las presuntas víctimas, las que el 27 de agosto de 2001

---

<sup>332</sup> Como se había manifestado, las competencias de la Comisión son: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci*.

<sup>333</sup> Referidos a los derechos: a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección de la honra y la dignidad, a la protección de la familia, a la propiedad privada y a la protección judicial,

presentaron la información adicional requerida por la Comisión<sup>334</sup>; en el caso del ejemplo señalado, si bien no transcurrió mucho tiempo entre la observación de la Comisión y la subsanación por parte de las víctimas, sin embargo sería conveniente que en una futura reforma a las normas internas, se considere la posibilidad de establecer un plazo cierto o por lo menos señalar que el plazo a otorgarse sea racional y no se debe dejar ni al arbitrio de quien subsana ni del órgano encargado de constatar el cumplimiento de la observación.

Cumplidos y constatados los requisitos de forma de admisibilidad, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación, la Comisión solicitará información al gobierno del Estado al cual pertenece la autoridad señalada como responsable de la violación, Estado que deberá presentar su respuesta dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la transmisión, pudiéndose prorrogar el plazo en caso de solicitud fundada, pero que no podrá exceder de cuatro meses<sup>335</sup>. Sobre la base de las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin ser recibidas, la Comisión verificará si subsisten los motivos de la petición y de no existir mandará a archivar el expediente<sup>336</sup>.

Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia; recibidas las observaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, la Comisión verificará si existen o subsisten los motivos de la petición, si considera que no existen o subsisten, mandará a archivar el expediente<sup>337</sup>.

Si la petición o comunicación reúne los requisitos de forma, corresponderá a la Comisión analizar si se dan las **condiciones de admisibilidad**, pues caso contrario, dispondrá su inadmisión por improcedencia ante la ausencia de esas condiciones, que vienen a constituirse en una especie de requisitos de fondo o de admisibilidad sustancial, que por motivos metodológicos, se clasifican de la forma como se detalla en los párrafos siguientes.

El **agotamiento de los recursos internos**, es una condición *sine qua non* que hace a la admisión de la demanda, o lo que es lo mismo, la falta del

---

<sup>334</sup> Informe 54/05 de 12 de octubre, Petición 150/01, admisibilidad, Raúl García Linera y otros contra Bolivia, II.6.

<sup>335</sup> Art. 48.1.a de la Convención Americana y 30.2. y 3. del Reglamento de la Comisión.

<sup>336</sup> Art. 48.1.b de la Convención Americana.

<sup>337</sup> Art. 30.5 y 42.1 del Reglamento de la Comisión.

agotamiento de recursos internos viene a ser una de las mayores razones, por las que la Comisión inadmite una petición o comunicación.

El preámbulo de la CADH establece que: “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”; por eso se manifestó: “además de complementario, el derecho internacional de los derechos humanos es subsidiario del derecho interno, porque la jurisdicción internacional solamente se abre cuando se han agotado los recursos en la vía interna, y no antes”<sup>338</sup>.

La protección internacional no se puede activar ni ejercitar, si es que con carácter previo no se aplicó el orden jurídico nacional por órganos judiciales del Estado, de donde resulta el carácter subsidiario del SIDH de tutela de los derechos humanos, que se ejercita a través de la actividad de la CIDH y la Corte IDH, que en forma conjunta constituyen los órganos protectores de los derechos fundamentales en el continente americano.

La protección de los derechos fundamentales y constitucionales, consagrados en la Constitución Política de un Estado, así como de los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales y que forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, debe ser otorgada por los tribunales judiciales nacionales, que son quienes tienen la primera tarea de reparar derechos y garantías de las personas, cuando han sido vulnerados como consecuencia de amenazas o lesiones de los mismos; protección que se otorga dentro de la tramitación de todo proceso judicial en general, pero en forma especial a través de acciones de tutela constitucional, destinadas a la protección de derechos como son los recursos de amparo constitucional, habeas corpus, habeas data y otras de control de constitucionalidad.

Sin embargo, cuando las violaciones de los derechos humanos se han dado dentro del Estado y los órganos nacionales no han otorgado la protección necesaria, agotados esos medios internos de defensa se abre la posibilidad de la tutela internacional, a través del procedimiento contencioso, en el que toda

---

<sup>338</sup> Pablo Dermizaky P.: “Derecho constitucional, derecho internacional ...”, cit. p. 834 *in fine*.

persona, grupo de personas u ONG a su nombre o de terceras personas, denuncie presuntas vulneraciones a un derecho humano (reconocido en la Declaración Americana o CADH) por parte de un Estado miembro de la OEA<sup>339</sup> o comunicaciones estatales<sup>340</sup>, denunciando esas violaciones, cuyo conocimiento y resolución es parte de las atribuciones que tiene la CIDH y la Corte IDH en la CADH, así como en las normas de los Estatutos y Reglamentos de ambos órganos de protección internacional; de acuerdo a lo previsto por el art. 46.1 de la CADH y 31.1 del Reglamento de la Comisión, para que una petición o comunicación sea admitida, es necesario que se haya interpuesto o agotado los recursos de la jurisdicción interna, es decir que para que una demanda -en la que se ha denunciado vulneración de derechos humanos- sea admitida, es necesario que la CIDH verifique que se ha agotado con los sistemas de protección en el plano nacional, eso como una expresión de la soberanía nacional y de la necesidad de que cada uno de los Estados, sean los encargados de resolver los litigios en el marco de su orden interno, reparando los daños que el mismo Estado ha causado.

Esa regla de subsidiaridad, tiene sus excepciones, que se dan en tres situaciones, cuando: no exista en la legislación interna, el debido proceso para la protección de los derechos que se denuncian vulnerados; no se ha permitido al presunto lesionado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o se le ha impedido agotarlos y; exista un retraso injustificado en la decisión de los recursos<sup>341</sup>.

La naturaleza subsidiaria de la protección internacional, tiene como motivación principal que sea cada Estado, el que garantice la reparación de derechos humanos ocurridas dentro de su jurisdicción y sólo como complementario se habilita el sistema internacional como uno de última *ratio*, cuando los recursos internos se han agotado pero sin éxito, abriéndose la esperanza de las víctimas a través de una protección internacional; en su defecto, de permitir esa protección cuando los recursos internos no existan, no sean accesibles o cuando tienen un retraso injustificado en su tramitación; es que no siempre se dan las condiciones adecuadas en el orden interno, para la reparación

---

<sup>339</sup> Art. 44 de la Convención Americana.

<sup>340</sup> Art. 45 de la Convención Americana.

<sup>341</sup> Arts. 46.2.a.b.c. de la Convención Americana y 31.2.a.b.c. del Reglamento de la Comisión.

integral de los daños causados a las víctimas de vulneraciones a derechos humanos, que se hace más efectivo en el plano internacional.

Una vez que se transmite la petición o comunicación al Estado parte, casi en un 100% de los casos, en el memorial de respuesta el Estado alegan como causa de inadmisión el hecho de que existen recursos pendientes de resolución de acuerdo a su legislación interna. Este argumento ha sido utilizado en el caso presentado contra el Estado boliviano por Raúl García Linera (actual Vicepresidente de Estado) y otros, por supuesta violación de derechos, los solicitantes que plantearon su petición invocando excepciones a la regla del previo agotamiento, que fue resuelta en sentido positivo a los peticionantes, pues se reconoció que en su caso se dio un retardo injustificado de la decisión, es decir que sin agotarse los medios ordinarios de defensa, se admitió la petición<sup>342</sup>.

Otra de las condiciones para la admisión de la demanda es el cuidado en el **plazo para presentar una petición ante la Comisión**, pues deberá ser presentada la petición o comunicación de manera oportuna y dentro del lapso de tiempo de seis meses, que se computa a partir de la fecha en la que el presunto lesionado fue notificado con la decisión definitiva que agota los recursos internos<sup>343</sup>, pues caso contrario la petición es extemporánea y se entiende que no existen razones para una protección que no ha sido reclamada en un tiempo prudencial, como es el señalado de seis meses; en este caso también se aplican las excepciones reguladas en el art. 46.2 de la CADH, antes referida.

El solicitante también debe cuidar otra condición para que se produzca la admisibilidad de su demanda y es que **no exista duplicación de procedimientos, ni cosa juzgada internacional**, son dos extremos que hacen a los requisitos de fondo y en caso de constatarse su existencia motiva la inadmisión de la demanda. En cuanto a la duplicación de procedimiento, se entiende que se trata cuando está pendiente otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado en

---

<sup>342</sup> Informe 54/05 de 12 de octubre, Petición 150/01, admisibilidad, Raúl García Linera y otros contra Bolivia, punto IV,B,1,41: "En la especie, la Comisión estima que el transcurso de más de 13 años sin que se haya pronunciado una resolución definitiva en el proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Raúl García Linera y otros por delitos de terrorismo y otros, permite aplicar, en relación con las violaciones alegadas en perjuicio de las presuntas víctimas, la excepción a la regla de previo agotamiento de los recursos internos prevista por el artículo 46(2)(c) de la Convención Americana".

<sup>343</sup> Art. 46.1.b de la Convención Americana y art. 32.1 del Reglamento de la Comisión.

cuestión<sup>344</sup>, en esa virtud, corresponderá a la Comisión determinar si el expediente contiene información alguna que pudiera llevar a determinar que el asunto se halla pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y con referencia a la cosa juzgada internacional es que la petición o comunicación no sea sustancialmente la reproducción de otra ya examinada por la Comisión y otro organismo internacional<sup>345</sup>, o lo que es lo mismo, la Comisión cuidará de que el expediente no haya sido previamente decidido por la misma CIDH.

Las salvedades de los dos casos antes expresados, son dos: **a)** que el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre Derechos Humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo y **b)** que el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros<sup>346</sup>.

Quien presenta una solicitud, también debe cuidar que su petición o comunicación cumpla con una condición vital, que es la realización de una adecuada **caracterización de los hechos alegados**, pues solo puede admitirse aquella demanda en la que los hechos denunciados están correctamente caracterizados, es decir que la violación denunciada debe estar claramente referida a aquellos derechos garantizados por la Convención (art. 47.b de la Convención y 34.a del Reglamento de la Comisión), pues caso contrario, si en la petición o comunicación no se exponen los hechos que caracterizan una vulneración de los instrumentos internacionales, dan lugar a la inadmisión de la demanda; esa situación que se dio en la Petición 554/2004 presentada por Jhonny Justino Peralta Espinoza contra el Estado de Bolivia, el mismo que fue desestimado por la Comisión<sup>347</sup>, que decidió declarar inadmisibles la petición en cuanto a que los hechos no caracterizan una violación de los Derechos Humanos protegidos por la Convención.

---

<sup>344</sup> Art. 461.c de la Convención Americana y 33.1.a del Reglamento de la Comisión.

<sup>345</sup> Art. 47.d de la Convención y 33.1.b del Reglamento de la Comisión.

<sup>346</sup> Art. 33.2.a.b. del Reglamento de la Comisión.

<sup>347</sup> Informe N° 37/04 de 12 de marzo, inadmisibilidad presentada por Jhonny Justino Peralta Espinoza contra Bolivia, con el argumento: "la Comisión considera que no tiene competencia para resolver el asunto de fondo y por lo tanto, se inhibe de analizarlo debido a que los hechos no caracterizan una violación a los derechos consagrados en la Convención Americana. Asimismo, la Comisión decide que no analizará los otros requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención."

Finalmente, el peticionante deberá cuidar que su solicitud **sea procedente y esté fundamentada su petición**, pues da lugar a la determinación de una inadmisión aquella petición o comunicación que sea manifiestamente infundada o improcedente, según resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado<sup>348</sup>, argumento que no debería ser muy utilizado o en su caso reservarse para situaciones excepcionales, porque determinar que una petición es manifiestamente infundada implica necesariamente realizar un análisis de fondo de lo solicitado para llegar a esa conclusión tan extrema; probablemente justifica su regulación en cuanto busca evitar tramitaciones largas que llegarán a la misma solución (en sentido de que no existe la violación denunciada por ser manifiestamente infundada), pero hacerlo al momento de considerar los requisitos de fondo de la petición o substanciales, parece no ser muy buena solución.

Más que como una obligación del solicitante en cuanto a cuidar una condición de admisibilidad de su petición o comunicación, viene a ser una atribución de la Comisión, la que podrá declarar su inadmisión, cuando se haya presentado **prueba sobreviniente** a la Comisión<sup>349</sup>, en casos presentados contra Bolivia, no se conoce ninguno en el que se haya presentado prueba sobreviniente y que dé lugar a que la Comisión realice una declaratoria de inadmisión.

En mérito a lo antes expresado, se llega a la conclusión de que terminará el procedimiento o finalizará el mismo ante la Comisión cuando se determine su archivo o se declare su inadmisión. El primer caso (archivo de expediente) se dará cuando no se ha subsanado los requisitos de forma en el plazo otorgado y cuando sobre la base de la información del Estado se verifica la inexistencia de motivos de la petición; el segundo caso (declaratoria de inadmisión) se dará también sobre la base de la información del Estado y cuando conste el incumplimiento de los requisitos de fondo o de las condiciones de admisibilidad de la demanda, relativos a: el no agotamiento de recursos internos, presentación fuera de plazo, duplicación de procedimiento y cosa juzgada internacional, incorrecta caracterización de los hechos alegados, existencia de prueba sobreviniente y petición manifiestamente improcedente e infundada.

En caso de que la petición o comunicación reúna los requisitos de forma y de fondo, en cuanto se han dado todas y cada una de las condiciones de

---

<sup>348</sup> Art. 47.c de la Convención Americana y Art. 34.b del Reglamento de la Comisión.

<sup>349</sup> Art. 48.1.c de la Convención Americana y Art. 34.c del Reglamento de la Comisión.



admisibilidad de la petición o comunicación, corresponderá a la CIDH realizar el **pronunciamiento sobre su admisibilidad**, emitiendo el Informe de Admisibilidad, notificándose con esa decisión al Estado y los peticionarios, a fin de iniciar el trámite sobre el fondo de la cuestión, publicándose esa decisión en el Informe Anual, a ser presentado ante la Asamblea General de la OEA<sup>350</sup>.

Por todo lo antes manifestado, es evidente que la emisión de un informe de admisibilidad, no es algo que pueda realizar la Comisión de manera muy simple o sujeta a apreciaciones discrecionales, sino que responde a aspectos tan objetivos, relacionados al cumplimiento no solo de requisitos de forma, sino básicamente al cumplimiento de una serie de condicionantes, cuyo incumplimiento ocasiona la inadmisión de una petición o comunicación; en esa virtud se tiene que sólo llegan a ser admitidas, aquellas que han sido ampliamente analizadas y ameritan un pronunciamiento de fondo.

Conforme lo referido en el art. 36.2 del Reglamento de la Comisión, con la emisión del informe de admisión, la petición es registrada como caso, iniciándose a partir de ese momento todo un procedimiento de fondo, pero siempre con la aclaración que esa admisión desde ningún punto de vista puede entenderse como una especie de prejuzgamiento del fondo del asunto; toda esa actuación implica la apertura del caso, iniciándose todo un procedimiento contradictorio ante la Comisión.

En el caso de peticiones presentadas contra el Estado de Bolivia, la CIDH ha elaborado Informes de Admisibilidad, cuando considera que el caso satisface los requisitos de admisibilidad enunciados en los artículos 46 y 47 de la CADH<sup>351</sup>;

---

<sup>350</sup> El art. 36 del Reglamento de la Comisión, establece: "1. Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad serán públicos y la Comisión los incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. 2. Con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo. La adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto. 3. En circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. La apertura del caso se efectuará mediante una comunicación escrita a ambas partes."

<sup>351</sup> Tal en el caso relativo al Informe N° 11/09, Petición 208-01 Admisibilidad, María Nina Lupe del Rosario Andrade Salmón, Bolivia, 19 de marzo de 2009; también el Informe No. 65/09, Petición 616-06, Admisibilidad, Juan Carlos Flores Bedregal, Bolivia, 4 de agosto de 2009.

asimismo, en situaciones contrarias, cuando no ha constatado el cumplimiento de los requisitos necesarios, ha declarado la inadmisión de una petición<sup>352</sup>.

Finalmente, es bueno considerar que cuando se reúnan los requisitos de admisión de la demanda y antes del trámite de contradicción, a tiempo de admitir la demanda la Comisión podrá disponer el **desglose de expedientes** para ser tramitados en forma separada en aquellos casos en los que la petición expone hechos distintos, o si se refiere a más de una persona o a presuntas violaciones sin conexión en el tiempo y el espacio<sup>353</sup>; alternatively podrá disponer la **acumulación de expedientes** y tramitarlos en uno solo, cuando dos o más peticiones versan sobre hechos similares que involucran a las mismas personas, o si revelan el mismo patrón de conducta<sup>354</sup>.

#### **II.2.2.5. Medidas Cautelares**

El art. 25.1 del Reglamento de la Comisión, establece que en caso de gravedad y urgencia, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado, la adopción de medidas cautelares, para evitar daños irreparables a las personas<sup>355</sup>.

Esa atribución, tiene base convencional, en cuanto emana de los mandatos contenidos en los arts. 33 y 41.b) de la CADH, que disponen que la Comisión es competente: por una parte para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y por otra parte, para formular recomendaciones a los Estados miembros, a fin de que adopten disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los Derechos Humanos; ninguna de esas competencias generales de la Comisión tendrían razón de ser si no se establece la posibilidad de que la misma

---

<sup>352</sup> Informe N° 2/08, Petición 506/05, Inadmisibilidad, José Rodríguez Dañín, Bolivia, 6 de marzo de 2008.

<sup>353</sup> Art. 29.4 del Reglamento de la Comisión.

<sup>354</sup> Art. 29.5 del Reglamento de la Comisión.

<sup>355</sup> El art. 25.2.a,b y c del Reglamento de la Comisión, fija el alcance de la “gravedad de la situación, la “urgencia de la situación” y el “daño irreparable”, así indica que: “ a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano; b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización. ”.

pueda asumir ciertas acciones orientadas a lograr el respeto de los Derechos Humanos, *máxime* en aquellas situaciones excepcionales, en las que existe gravedad y urgencia por ser inminente daños irreparables a las personas, en tal situación, la Comisión está facultada para velar porque se respeten los Derechos Humanos, disponiendo que el Estado adopte disposiciones apropiadas, que no son otras que las medidas cautelares<sup>356</sup>.

Surge la pregunta ¿en qué momento podrán ser dispuestas las medidas cautelares?, no existe un tiempo preciso tratándose de una petición individual o comunicación estatal presentada o que se esté tramitando su admisión, menos aún si ya se abrió el caso y está en trámite en cualquiera de las etapas del proceso ante la CIDH, simplemente es suficiente que exista una solicitud de parte o de oficio cuando se conoce de la existencia de un peligro inminente que cause un daño irreparable, en tal situación la Comisión podrá solicitar al Estado de que se trate, la adopción de medidas cautelares; en todo caso es conveniente aclarar, que aún cuando exista una solicitud presentada o dentro del proceso ya iniciado, no constituye prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, el hecho de que un Estado haya otorgado la medida cautelar, eso dentro del entendimiento de lo expresado en el art. 25.8 del Reglamento de la Comisión.

Sin que exista un caso pendiente de resolución, es decir sin que se haya empezado a tramitar alguna petición individual ni comunicación estatal, la Comisión puede disponer una medida cautelar, tal como sucedió en la gestión 2006, cuando la CIDH dispuso la medida cautelar en relación al Estado boliviano otorgándose tales medidas en relación con la Central de Pueblos Nativos Guarayos (COPNAG), como consecuencia del conflicto que surgió entre dirigentes, miembros del Tribunal Disciplinario y líderes comunales de COPNAG y del pueblo indígena Guarayo y ex dirigentes de COPNAG, que habría derivado en amenazas, agresiones físicas y desplazamientos forzados. En esa situación la Comisión solicitó al Estado de Bolivia, que adoptara las medidas necesarias para

---

<sup>356</sup> En el Comunicado de Prensa N° 43/14 de el 23 de abril de 2014, a través del que se publica el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013, la Presidenta de la CIDH, Tracy Robinson, señaló: “durante 2013 la Comisión recibió 400 solicitudes de medidas cautelares, 26 de las cuales fueron otorgadas; por otra parte, la Comisión no otorgó 64 de ellas.” (cit. on line); vale decir que en la gestión 2013, con relación a las medidas cautelares que se presentaron durante esa gestión, solo una tercera parte de las mismas llegó a resolverse (unas otorgándose lo solicitado otras no).

garantizar el regreso de los líderes comunales a sus localidades<sup>357</sup>. A la inversa y con mayor frecuencia, cuando se empezó a tramitación una petición individual, también es viable o posible la imposición de una medida cautelar, tal como sucedió en el caso MC 291/11 de José Antonio Cantoral Benavides y otros, Bolivia, que ha dado lugar a que el 8 de agosto de 2011, la CIDH, otorgara medidas cautelares a favor de José Antonio Cantoral Benavides, de nacionalidad peruana, quien tendría condición de refugiado en Bolivia<sup>358</sup>.

Si las medidas cautelares han resultado ser eficaces y oportunas, se dice que las mismas han cumplido la finalidad para la que han sido impuestas, pues con su imposición por el Estado, se logró evitar daños irreparables en las personas, sean éstas amenazas a su vida, a su integridad física o su libertad personal y otros; pero ¿qué sucede cuando las medidas cautelares no han sido impuestas por el Estado, pese haberlo solicitado así la Comisión? o cuando se ha impuesto la medida, pero la misma no tuvo resultado alguno o carece de eficacia y oportunidad, en estos casos la parte final del art. 63.2 de la CADH establece que la Comisión podrá solicitar a la Corte que tome medidas provisionales, aunque se trate de asuntos que no están sometidos aún a su conocimiento.

Por todo lo mencionado anteriormente se debe tener en cuenta que no debe existir conflicto ni confusión entre lo que son las medidas cautelares solicitadas por la Comisión, con lo que son las medidas provisionales impuestas por la Corte; en este último caso habrá que tener en cuenta que conforme a la primera parte del referido art. 63.2 de la Convención, la Corte podrá tomar las medidas provisionales que considere conveniente, en casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga para evitar daños irreparables en las personas y en asuntos de pleno conocimiento.

---

<sup>357</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, Capítulo III, punto C.1, en OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 de marzo 2007, en el que también se manifestó: “La Comisión solicitó al Estado *inter alia* adoptar las medidas necesarias para garantizar el regreso seguro de los líderes comunales a sus localidades; garantizar la presencia de personal policial en la sede de la COPNAG y en la sede de la Central Comunal Urubichá durante las asambleas y actividades en las que participen los beneficiarios; e informar sobre las acciones adoptadas a fin de esclarecer judicialmente los hechos que justifican la adopción de las medidas cautelares”.

<sup>358</sup> El argumento que ha motivado esa decisión de la Comisión radica en la necesidad de que Bolivia adopte las medidas necesarias para abstenerse de expulsar al peticionante del país, entre tanto la Comisión Interamericana se pronuncie sobre la petición de referencia, debiendo adoptarse las medidas necesarias para garantizar su vida e integridad, concertándose las medidas a adoptarse con el beneficiario y sus representantes e informar periódicamente a la CIDH sobre las acciones adoptadas.

Tanto las medidas cautelares como las medidas provisionales, se imponen cuando existen casos de gravedad y urgencia, siendo necesario evitar daños irreparables a las personas. Las diferencias se dan porque las primeras (medidas cautelares) son de competencia de la Comisión, la que *solicita* al Estado la adopción de medidas cautelares en cualquier circunstancia que la considere necesaria, se aplican respecto a todo Estado miembro de la organización, están reguladas en el Reglamento de la Comisión; en cambio las segundas (medidas provisionales) son de competencia de la Corte en asuntos que ya está conociendo y excepcionalmente —a solicitud de la Comisión— cuando aún no le ha sido sometido a su conocimiento, la Corte *toma* las medidas provisionales que se aplican solo en relación con los Estados partes de la Convención, dichas medidas están reguladas en la CADH.

Aunque se pueden encontrar ciertas diferencias, como las que se manifestó y otras, es importante tener en cuenta que tanto las medidas cautelares como las medidas provisionales persiguen la misma finalidad destinadas a evitar daños irreparables en las personas en casos extremos; si la medida cautelar es eficaz, dichas medidas pueden variar en el momento en el que se otorgan ante la Comisión, caso contrario se acudiría ante la Corte la que dispondrá una medida provisional.

#### **II.2.2.6 Investigación en el lugar**

Antes de entrar a conocer el procedimiento contradictorio que se aplica cuando una petición o comunicación ha cumplido los requisitos de forma y las condicionales de admisibilidad, se tiene un procedimiento especial y previo, que se encuentra referido a la regulación contenida en el art. 42.2 de la Convención, que establece que en casos graves y urgentes, se puede realizar una investigación, previo el consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido una violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

De lo referido se tiene que presentada una petición o comunicación con el solo cumplimiento de los requisitos de forma (sin que se haya pronunciado la Comisión por su admisibilidad), se abre la posibilidad de iniciarse una investigación previa en el lugar, con la finalidad de recoger ciertos elementos

importantes que podrían perderse, pero con dos condicionantes imprescindibles, que se trate de casos graves y urgentes, además que exista la autorización o el consentimiento del Estado donde debe investigarse.

### **II.2.2.7 Etapa contradictoria y establecimiento de los hechos**

Presentada una petición individual o comunicación estatal, corresponderá a la Comisión establecer su competencia, de existir la misma pasará a analizar si se ha cumplido con los requisitos de forma y las condiciones de admisibilidad, para que en caso de constatar esos requisitos pueda admitir la solicitud e iniciarse todo un procedimiento contradictorio, que tiene como única finalidad establecer los hechos que motivaron la denuncia, sobre cuya base y en un momento posterior, la Comisión podrá llegar a la conclusión de que la denuncia carece o no de fundamento y veracidad, en su caso, determinando responsabilidades consiguientes del Estado que haya ocasionado algún agravio.

Esa regular estructura del procedimiento, puede verse alterada en el marco de lo señalado en el art. 36.3 del Reglamento de la Comisión, que establece que la Comisión podrá abrir el caso, pero diferir el tratamiento de su admisión hasta el debate y decisión sobre el fondo, es decir se admite la demanda después de tramitarse el procedimiento contradictorio y establecerse los hechos. Esa situación se daría cuando la Comisión de inicio puede tener dudas en cuanto al cumplimiento de una de las condiciones de admisibilidad, referida a la fundamentación de la petición, siendo necesario concluir el procedimiento contradictorio, para recién poder tener luces en cuanto a los hechos que motivaron la denuncia y llegar a la conclusión de que esa petición carece de fundamento o es manifiestamente improcedente, en cuyo caso (después de la contradicción) podrá declarar su inadmisión, alternativamente podría darse la situación inversa y después de la contradicción llegar a la conclusión que corresponde admitir la demanda.

En líneas generales, con la salvedad establecida en el párrafo anterior, con la apertura del caso, admitida la demanda, debe iniciarse el trámite contradictorio y el procedimiento sobre el fondo, al efecto la Comisión fijará un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo y las partes pertinentes de dichas observaciones serán transmitidas al Estado en

cuestión a fin de que presente sus observaciones dentro del plazo de cuatro meses<sup>359</sup>, también la Comisión podrá invitar al Estado a presentar observaciones adicionales sobre el fondo, en casos de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente y una vez abierto el caso por escrito<sup>360</sup>.

Si bien no existe duda en sentido de que la Comisión tiene facultades para comprobar los hechos y realizar investigaciones<sup>361</sup>, propias del sistema inquisitivo<sup>362</sup>, es importante responder a la pregunta ¿a través de qué medios la Comisión establece los hechos que le hagan llegar a una determinada conclusión y solución?. Para responder a la pregunta, deberá considerarse tres parámetros importantes: la información que otorguen las partes, la información que obtenga la Comisión y las investigaciones *in loco*.

La **información que otorguen las partes**, en un primer momento la podrá dar el solicitante, cuando presente a conocimiento de la Comisión peticiones referentes a la violación de Derechos Humanos<sup>363</sup>; por otra parte y también de inicio, la información la otorgará el Estado denunciado una vez que la Comisión constate que la petición reúne los requisitos previstos en el art. 28 del Reglamento<sup>364</sup>, es decir, cuando se hayan cumplido los requisitos de forma de admisibilidad, oportunidad en la que la Comisión solicitará información al Estado denunciado que deberá presentar su respuesta dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la transmisión, prorrogándose excepcionalmente a cuatro meses<sup>365</sup>, ese informe técnicamente no puede considerarse como una respuesta, aunque da la primera posibilidad al Estado de asumir defensa contra las

---

<sup>359</sup> Art. 37.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>360</sup> Art. 37.3 del Reglamento de la Comisión.

<sup>361</sup> Ut supra.

<sup>362</sup> Sistema inquisitivo que se caracteriza porque el juzgador de primera instancia, asume el papel de investigador y acusador al mismo tiempo. Sobre este tema ver: Marcela Rita Ortiz Torricos: "La Situación Procesal y Derechos de la víctima del delito", *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal Boliviano*, Ed. Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L., Sucre, 2007, en p. 95, trabajo en el que se manifestó que: "En nuestro país el Código de Procedimiento Penal de 1972 se encuadró dentro del sistema inquisitivo reformado, donde el juez de instrucción asumía el papel de investigador y acusador al mismo tiempo y el juez del plenario después de muchos años juzgaba actuaciones escritas ... conforme a nuevas corrientes doctrinales, así como por cambios legislativos operados en Latinoamérica, se adoptó el sistema de corte acusatorio (pero no en su expresión más extrema) a través de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, que entró en vigencia plena en julio de 2001, más conocida como nuevo Código de Procedimiento Penal".

<sup>363</sup> Art. 44 de la Convención y 23 del Reglamento de la Comisión.

<sup>364</sup> Art. 30.1 y 2 del Reglamento de la Comisión.

<sup>365</sup> Art. 48.1.a de la Convención Americana y 30.3. del Reglamento de la Comisión.

imputaciones presentadas en su contra y dar la información previa y necesaria a la Comisión; también antes de pronunciarse sobre la admisibilidad, la Comisión podrá invitar a ambas partes a que presenten sus observaciones adicionales<sup>366</sup>.

Abierto el caso y admitida la petición (por reunir no solo los requisitos de forma, sino también las condiciones de admisibilidad), la información también la otorgarán los peticionantes, quienes presentan sus observaciones sobre el fondo en un plazo de cuatro meses, observaciones que transmitidas al Estado, dan la posibilidad a que el mismo presente su información y observaciones dentro del plazo de cuatro meses<sup>367</sup>.

En el momento de presentar sus peticiones y observaciones por el solicitante, así como de dar su informe y observaciones por el Estado denunciado, ambas partes podrán adjuntar los medios probatorios que consideren pertinentes y que desvirtúen la demanda como la respuesta; vale decir que esos momentos de contradicción son la oportunidad que tienen las partes para ofrecer evidencias o solicitar la realización de alguna diligencia probatoria (como son las audiencias) a fin de comprobar los hechos, pues no puede olvidarse que en la propia CADH<sup>368</sup> se establece que —sobre la base de la información que otorguen las partes— será la Comisión la que debe realizar un examen del asunto planteado y realizar una investigación; lamentablemente ni en la CADH, ni en el Estatuto ni Reglamento de la Comisión, se fija con claridad reglas en cuanto a la información y los medios probatorios que pueden aportar las partes en la etapa contradictoria, menos en relación con la valoración que de esa información y medios tenga que hacer la Comisión para el establecimiento de los hechos.

La **información que obtenga la Comisión**, puede provenir de la que ésta solicite a los Estados<sup>369</sup>, quienes están en la obligación de proporcionar toda aquella de la que tengan conocimiento y esté a su alcance; a su vez, se ha fijado la posibilidad de que esa información solicitada y la que las partes otorguen, sea presentada no solo en exposiciones escritas, sino también en audiencias que impliquen exposiciones verbales.

---

<sup>366</sup> Art. 30.5 del Reglamento de la Comisión.

<sup>367</sup> Art. 37.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>368</sup> Art. 48.1.d) de la Convención Americana.

<sup>369</sup> Art. 48.1.e de la Convención Americana, que establece que la Comisión: “podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados”



Las **audiencias** convocadas por la Comisión o a solicitud de partes<sup>370</sup>, podrán ser públicas o privadas y tienen por objeto recibir información de: las partes en relación con cierta petición, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares o información sobre Derechos Humanos de carácter general o particular en uno o más estados de la OEA<sup>371</sup>; en consecuencia la comprobación de los hechos que alegan cualquiera de las partes podrá darse en audiencia en cualquier estado del proceso, ya sea en la admisibilidad, durante la comprobación de los hechos, en el procedimiento de solución amistosa, en el fondo del asunto o el seguimiento de las recomendaciones<sup>372</sup>. Las solicitudes de audiencias deberán presentarse por escrito con una anticipación no menor a 50 días del inicio del período de sesiones de la Comisión, en esas solicitudes podrán proponer testigos y peritos, con la correspondiente identificación de los mismos<sup>373</sup>. Durante las audiencias, las partes podrán presentar cualquier documento, testimonio (se oirá un testigo, los demás deberán permanecer fuera de sala), informe pericial o documento de prueba; la parte que proponga la producción de pruebas en audiencia costeará los gastos que aquella ocasione<sup>374</sup>. En cada audiencia se levantará un acta resumida, en la que constará el día y hora de celebración, los nombres de los participantes (representantes de las partes y personal de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión), la decisión adoptada y los compromisos asumidos por las partes<sup>375</sup>.

La **investigación directa de los hechos** es una atribución de la Comisión que parte del art. 48.1.d de la CADH, que establece: "... la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las informaciones necesarias"; esa investigación ha sido denominada en el Reglamento como **investigación u observaciones in loco**, que implica la posibilidad a la Comisión de realizar visitas al territorio del Estado en el que se ha denunciado que se ha cometido una violación a los Derechos Humanos, visita que en casos graves y urgentes podrá realizarse inclusive con la sola presentación de una petición o comunicación que reúna los requisitos formales de admisibilidad<sup>376</sup>. Las observaciones *in loco* que se soliciten por la Comisión con la

---

<sup>370</sup> Arts. 37.5 y 61 del Reglamento de la Comisión.

<sup>371</sup> Art. 62 del Reglamento de la Comisión.

<sup>372</sup> Art. 64.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>373</sup> Arts. 64.2 del Reglamento de la Comisión.

<sup>374</sup> Art. 65.1 y 69 del Reglamento de la Comisión.

<sup>375</sup> Art. 70 del Reglamento de la Comisión.

<sup>376</sup> Art. 39.1 del Reglamento de la Comisión.

anuencia del Estado o que el Estado invite a la Comisión, se practicarán por una comisión especial designada al efecto, a la que se concederá todas las facilidades necesarias para llevar a buen término su misión; en ese sentido a esa Comisión Especial el Estado deberá darle las garantías necesarias para: recabar informaciones, pruebas, testimonios, documentos, entrevistas, viajes, accesos a cárceles y sitios de detención, medidas de seguridad, alojamiento y otros, también El Estado que invite a la Comisión I a una observación in loco, se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella mediante informaciones o testimonios<sup>377</sup>.

Las observaciones *in loco* si bien constituyen un medio probatorio para el análisis de casos particulares —en los que se ha presentado una petición individual o una comunicación estatal contra un Estado, en concreto, por haber cometido alguna vulneración a los Derechos Humanos— no son utilizadas en situaciones concretas, sino más bien en casos generales, en los que a invitación de un determinación Estado, la Comisión realiza una evaluación de la situación de los Derechos Humanos *in abstracto*. En el caso boliviano, se tiene que por invitación del gobierno, la CIDH (del 12 al 17 de noviembre de 2006) se reunió con altas autoridades del Estado y con numerosas organizaciones de la sociedad civil, visitando centros penitenciarios como los de Chonchocoro, de San Pedro y de Orientación Femenina de Obrajes<sup>378</sup>.

#### **II.2.2.8 Solución amistosa**

La conciliación, a la que pueden llegar el peticionante y Estado denunciado, se encuentra destinada a lograr la protección y pronta reparación de los intereses de quien ha sido víctima por violación de sus Derechos Humanos. La conciliación se presenta como una alternativa de solución al conflicto, pero anterior a que la Comisión exprese sus conclusiones y recomendaciones, o más aún anterior a la posibilidad de que la Corte conozca el caso en una instancia jurisdiccional; la conciliación tiene la finalidad de evitar la tramitación de todo un procedimiento, que de una manera u otra significaría costo de tiempo y dinero a las partes.

---

<sup>377</sup> Arts. 53 y 56 del Reglamento de la Comisión.

<sup>378</sup> <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap2.2006.sp.htm#Visitas>

La posibilidad de una solución amistosa, tiene su base en la CADH -cuyo art. 48.1.f establece que la Comisión: “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los Derechos Humanos reconocidos en la Convención Americana”- además de la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

Es importante determinar con precisión la **oportunidad** en la que procede la conciliación; la Comisión se pone a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición a fin de llegar a una solución amistosa<sup>379</sup> o antes de pronunciarse sobre el fondo de la petición<sup>380</sup>. La primera alternativa, da la posibilidad que este trámite se inicie inmediatamente después de presentada una denuncia, lo que en algún momento puede resultar favorable, puesto que de inicio se puede llegar a solucionar la controversia, siempre que se cumpla con las condiciones necesarias que serán referidas con posterioridad. La segunda alternativa establece la opción de que la Comisión antes de emitir su informe final o de fondo, pueda conocer y tramitar este procedimiento, lo que también no deja de ser beneficioso, pues a esa altura el trámite estará avanzado, habrá pasado la etapa contradictoria y la Comisión tendrá una noción clara de los hechos sucedidos y con seguridad podrá contar con mayores luces para llegar a la conclusión que corresponde o no aprobar la conciliación a la que puedan llegar las partes.

Las **condiciones** para la procedencia de una solución amistosa son tres: **a)** que **exista consentimiento** entre las partes, fundado en el respeto de los Derechos Humanos<sup>381</sup>, la palabra “consentimiento” deriva del latín *consensus*, que a su vez deriva de *cum* (con) y *sentire* (sentir) y significa, por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión<sup>382</sup>, lo que implica que peticionante y Estado denunciado deben ponerse de acuerdo para llegar a una solución de este tipo, siendo favorable principalmente para la víctima de la presunta violación o sus derecho habientes, pues ese acuerdo significa por un lado que el Estado acepta haber cometido una eventual violación a la CADH, Declaración Americana y otros instrumentos aplicables y por otra, que esa situación debe dar lugar al restablecimiento de la lesión, por lo menos a través de

---

<sup>379</sup> Art. 40.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>380</sup> Art. 37. 4 del Reglamento de la Comisión.

<sup>381</sup> Art. 48.1.f de la Convención Americana y Art. 40.1, 2, 4 y 5 del Reglamento de la Comisión.

<sup>382</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, T.III, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1992, p. 1005.

una indemnización a favor de la víctima, que generalmente es el peticionante, obviamente que todo ese acuerdo en el marco del respeto de los Derechos Humanos, consagrados en el texto de los instrumentos internacionales; **b)** que el ***asunto sea susceptible de resolverse por esa vía***, por resultar conveniente y adecuado, además por haber las partes expresado su consentimiento<sup>383</sup>, éstas podrán manifestar su acuerdo cuando se trate de aspectos susceptibles de conciliarse, pero hay situaciones que exceden una posibilidad de conciliación, tal como denuncias de violaciones al derecho a la libertad, a la vida, torturas, secuestros y otros, que por su magnitud y gravedad implican una supuesta lesión de bienes jurídicos que no pueden ser susceptibles de acuerdo; aunque este aspecto no deja de tener una carga subjetiva muy alta, correspondiendo en última instancia a los Comisionados el determinar la gravedad de la denuncia a efecto de establecer si la misma es o no susceptible de conciliación y; **c)** que la ***Comisión apruebe la solución lograda***<sup>384</sup>, este requisito es determinante, pues no puede ser suficiente que las partes manifiesten su acuerdo o expresen su consentimiento en una solución amistosa, sino que es necesario que la Comisión realice una evaluación en cuanto a la conveniencia o no del acuerdo llegado por las partes, pues podría tratarse de asuntos que por su gravedad no sería prudente el llegar a acuerdos o viceversa, confirmando y avalando una conciliación a la que puedan llegar las partes, por estar fundada en el respeto de los Derechos Humanos o de acuerdo con los principios y valores expresados en la Convención, Declaración Americana y demás instrumentos internacionales.

Finalmente, si se ha llegado a una solución amistosa, la Comisión redactará un **informe** con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, que será publicada, es decir transmitida al peticionado, al Estado parte y comunicada al Secretario General de la OEA<sup>385</sup>. Si bien es cierto que la solución a la que pueden llegar las partes no es de carácter obligatorio, puesto que es un aspecto opcional y de consentimiento de ambas, en caso de establecerse el acuerdo y luego de ratificado por la Comisión, la solución amistosa tiene carácter vinculante, pues obliga a las partes que han suscrito a respetar todas y cada una de las cláusulas que han convenido.

---

<sup>383</sup> Art. 40.4 del Reglamento de la Comisión.

<sup>384</sup> Art. 40.5 del Reglamento de la Comisión.

<sup>385</sup> Art. 49 de la Convención Americana y 40.5 del Reglamento de la Comisión.

Dentro del SIDH, en relación con casos bolivianos, en algunas oportunidades, ha llegado a solución amistosa, el primero de los casos se encuentra expresado en el Informe 97/05 de 27 de octubre, relativo a la petición 14/04 presentada por Alfredo Díaz Bustos y el segundo se constata en el Informe 98/05 de 27 de octubre referido a la petición 241/04 de Raúl Zavala Málaga y otro<sup>386</sup>; otro caso es el relativo al Informe N° 70/07 de 27 de Julio, referido a la petición 788-06, presentada por Víctor Hugo Arce Chávez.

En el primer caso conocido como “la del Testigo de Jehová”, quien presentó a conocimiento de las autoridades militares, objeción de conciencia para la realización del servicio militar, autoridades que rechazaron su pedido con el argumento de que en Bolivia la Ley del Servicio Nacional de Defensa no reconoce esa posibilidad; impugnándose esa determinación inclusive en la tramitación de un amparo constitucional que concluyó con la emisión de la Sentencia Constitucional N° 1662/2003<sup>387</sup> que aprobó la improcedencia del recurso, con el argumento de que en Bolivia no está regulado en el ordenamiento jurídico del Estado la objeción de conciencia, por lo que las autoridades de las Fuerzas Armadas tampoco pueden atender la petición de las personas que la invoquen; en la solución amistosa que se logró se acordó que el Estado boliviano entregue la Libreta de Servicio Militar de redención gratuitamente y que en caso de conflicto ese ciudadano no será destinado al frente de batalla, además de promover la aprobación congresal de la legislación militar a que incorpore el derecho a la objeción de conciencia respecto al servicio militar. Es interesante el caso, en cuanto tiene como causa inmediata la emisión de un fallo del Tribunal Constitucional en contra del solicitante; la solución lograda tuvo un cumplimiento

---

<sup>386</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>.

<sup>387</sup> <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>, en la que se hace mención a: “... el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ... instrumentos internacionales proclaman los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de religión y a la libertad de cultos, no así a la objeción de conciencia, pues como se tiene referido precedentemente no es un derecho autónomo sino un elemento constitutivo del derecho a la libertad de conciencia ... los organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos, si bien es cierto que han interpretado que la objeción de conciencia al servicio militar deriva de los Derechos Humanos de la libertad de conciencia, libertad de religión y libertad de cultos, no es menos cierto que los mismos han recomendado a los Estados Partes de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, promulgar leyes y adoptar medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando exista una auténtica objeción de conciencia al servicio armado ... el sistema constitucional boliviano ... no es menos cierto que no existe una institucionalización legal, es decir, una adopción de medidas legislativas que consagren la objeción de conciencia como una excepción al servicio militar obligatorio...”.

relativo, pues si bien es cierto que al peticionante se le otorgó la Libreta del Servicio en la forma acordada, hasta la fecha ni el Viceministerio de Justicia ni otra entidad del Estado boliviano se ha preocupado porque exista un proyecto a considerarse en el Congreso, menos una Ley que regule la objeción de conciencia del servicio militar, uno de los puntos comprometidos y no cumplidos.

#### **II.2.2.9 Decisión sobre el fondo por la Comisión**

En el caso de que no se llegue a una solución amistosa, dentro del plazo de 180 días, la Comisión deberá decidir el fondo del asunto, para lo que elaborará un informe de fondo, previa deliberación y examen de: alegatos, pruebas suministradas por las partes, información obtenida durante audiencias y observaciones *in loco*, así como cualquier otra información de conocimiento público. En ese informe se puede llegar a dos conclusiones, primero en sentido de que no hubo violación en un caso determinado y segundo que sí se estableció una o más violaciones. En el primer caso, es decir cuando no hay violaciones, el informe hará constar esa situación y se lo transmitirá a las partes, publicándose e incluyéndose en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA<sup>388</sup>.

En el segundo caso, en el que se estableció la existencia de una o más violaciones, con **carácter obligatorio**, la Comisión redactará un **informe preliminar**, en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, pudiendo formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes, las que serán transmitidas a los Estados interesados, quienes por una parte —en el plazo que se fije— deberán informar sobre las medidas adoptadas y por otra parte, no están facultados para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto<sup>389</sup>.

No cabe duda que en la redacción del art. 50 de la CADH, existe cierta ambigüedad, pues hace referencia a un informe de fondo en el que se expondrán los hechos y conclusiones, el que al transmitirse a los Estados puede dar lugar a la formulación de proposiciones y recomendaciones; aparentemente parecería

---

<sup>388</sup> Todos esos aspectos se extraen del contenido del art. 23.2 del Estatuto de la Comisión, así como el art. 44.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>389</sup> Art. 50 de la Convención Americana y 44.2 del Reglamento de la Comisión.

que se tratan de dos informes distintos, pero se entiende que no, sino que se trata de uno solo en el que se llegan a fijar los hechos y conclusiones, y de ser necesario, el mismo acaba con proposiciones e inclusive con recomendaciones.

Si bien es cierto que ni en el art. 50 de la Convención ni en el art. 44.2 del Reglamento de la Comisión se señala el plazo dentro del cual el Estado debe adoptar las proposiciones y recomendaciones, dándose simplemente la posibilidad de que lo fije la Comisión; en coherencia con esa regulación, debe tenerse en cuenta el plazo —de tres meses— que señala el art. 51 de la Convención, que señala: “Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión ...”; lo que implica que el plazo que fija la Comisión para que el Estado adopte las recomendaciones efectuadas, tiene como un máximo de tres meses —contados a partir de la remisión del informe al Estado—; pero el mismo no obstruye a que la Comisión le señale un plazo menor, que puede ser perfectamente de un mes, dos meses y días, pero no más de tres meses.

En cuanto al hecho de que el informe será transmitido a los “... Estados interesados...” (art. 50 de la Convención) o al “... Estado en cuestión...” (art. 44.2 del Reglamento); tratándose de peticiones individuales, podría entenderse la previsión en forma amplia, en cuanto se abre la posibilidad de transmitir el informe preliminar, no solo al Estado que ha sido denunciado, sino a otros Estados que tengan interés, por ejemplo: cuando los efectos de la violación se hayan producido en otro Estado o cuando la víctima tiene asilo en otro Estado, etc., etc.; en el mismo sentido amplio podría entenderse cuando se trata de comunicaciones estatales, en las que ambos Estados son partes e interesados.

La limitación que tiene el Estado de no publicar el informe, hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto, tiene por finalidad lograr cierta reserva en el trámite hasta que el Estado, con tranquilidad y no en un ambiente hostil, pueda asumir la consideración del cumplimiento de las recomendaciones que le haya hecho la Comisión.

Las recomendaciones dirigidas al Estado, están referidas a las medidas que éste puede adoptar, a fin de enmendar o restablecer en alguna medida la violación de derechos que la Comisión ha podido constatar, entre ellas tenemos: la adopción de medidas legislativas para hacer efectivos los derechos, investigar las violaciones y sancionar a los responsables, disponer el pago de una

indemnización a la víctima o sus derecho habientes como una especie de compensación, etc. etc.

Si en el plazo de los tres meses antes referidos —contados a partir de la transmisión del informe preliminar— el Estado no ha dado cumplimiento a las proposiciones y recomendaciones que le ha hecho la Comisión, es decir que el asunto no logró ser solucionado, la Comisión con **carácter opcional** puede, por un lado elaborar un **informe definitivo**, que contenga su opinión, conclusiones y recomendaciones, por otro lado puede decidir —con mayoría absoluta— **someter el caso a** conocimiento de **la Corte** —solo cuando los Estados partes en la Convención hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH —<sup>390</sup>.

En relación con el **informe definitivo**; solo por mayoría absoluta de los miembros, puede la Comisión emitir un informe definitivo, en el que la Comisión expresará su opinión y conclusiones finales sobre la cuestión sometida a su consideración, realizando las recomendaciones pertinentes y fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada e informar a la Comisión sobre el cumplimiento de esas recomendaciones<sup>391</sup>.

Para que se emita el informe definitivo, se deben cumplir tres condiciones a saber: **a)** que en el plazo de tres meses no se haya llegado a una solución, **b)** que dentro de ese plazo, el caso no haya sido sometido a la Corte y **c)** que exista quórum calificado de mayoría absoluta en la decisión; si no se dan esas condiciones, el informe definitivo puede no llegar a emitirse nunca, caso en el que el informe provisional se convierte en uno definitivo.

Se ha criticado la redacción del art. 51 de la CADH, pues en sus alcances, el “informe final” viene a ser una especie de repetición del “informe provisional” previsto por el art. 50 de la misma disposición legal; en ese sentido técnicamente,

---

<sup>390</sup> En relación al Estado boliviano, la Comisión Interamericana emitió un Informe de Fondo, pasando el caso a conocimiento de la Corte Interamericana, caso que resulta ser muy relevante por la implicancia que el mismo puede llegar a tener. Se trata del Caso 12.474, Bolivia 2012, referido a la Familia Pacheco Tineo, familia devuelta al Perú el 24 de febrero de 2001 como consecuencia del rechazo de la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia; este caso involucra cuestiones de orden público interamericano, al ser un primer caso que se somete a la Corte sobre violaciones ocurridas en el marco de un procedimiento de solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados; además tendrá que haber un pronunciamiento expreso en relación a que la familia fue devuelta sin una determinación seria de la situación de riesgo en su país de origen, lo que dará lugar a un pronunciamiento sobre el principio de no devolución en un caso contencioso.

<sup>391</sup> Art. 51.1 y 2 de la Convención Americana y 47.1 del Reglamento de la Comisión.



no se encuentra mucha diferencia entre “... los hechos y sus conclusiones ... proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas” (art. 50), en relación a “... su opinión y conclusiones ...recomendaciones pertinentes...” (art. 51); principalmente, las recomendaciones vienen a ser las mismas, en cuanto a la adopción de las medidas legislativas necesarias, indemnización a las víctimas y acciones judiciales en las que se establezcan las investigaciones que concluyan en sanciones a quienes han violado Derechos Humanos.

Tratándose de ese informe final, no se ha fijado un plazo dentro del cual el Estado debe adoptar las recomendaciones de la Comisión, o lo que es lo mismo, el plazo dentro del cual el Estado debe informar sobre el cumplimiento de la recomendación, se deja que la fijación del mismo la establezca la propia Comisión, teniendo en cuenta la naturaleza de las nuevas recomendaciones que realice; sin embargo, se entiende que ese plazo puede estar señalado dentro del lapso de tres meses —que es el que se da para el cumplimiento de las recomendaciones, tratándose del informe provisional—, pero téngase en cuenta que es un plazo nuevo, adicional al primero de tres meses que ya se hizo referencia.

Transcurrido el período fijado —dentro del cual el Estado debe informar sobre el cumplimiento de la recomendación—, la Comisión decidirá por mayoría absoluta si el Estado tomó o no las medidas adecuadas y si pública o no su informe definitivo o sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o publicación en cualquier otro medio que considere apropiado<sup>392</sup>.

Con referencia al **sometimiento del caso a la Corte**; cuando se hizo mención al informe definitivo de la Comisión (que fija las recomendaciones que se considera pertinentes), se manifestó un carácter opcional en su actuación, pues si en el plazo de tres meses el Estado no ha dado cumplimiento a las proposiciones y recomendaciones que le ha hecho la Comisión y el asunto no ha sido solucionado, la Comisión puede emitir ese informe definitivo o de manera alternativa puede decidir la remisión del caso a la Corte, pero solo cuando los Estados partes de la Convención hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

---

<sup>392</sup> Art. 51.3 de la Convención Americana y art. 47.2 y 3 del Reglamento de la Comisión.

La posibilidad del sometimiento de un caso a la Corte, reúne las siguientes condiciones necesarias: **a)** que exista un informe preliminar de fondo, **b)** que se efectúe la remisión del caso en el plazo de tres meses, contados a partir de la transmisión del informe preliminar, **c)** que el caso no haya sido solucionado, por no haberse cumplido las recomendaciones del informe preliminar y **d)** que se trate de Estados partes de la Convención, que hayan asumido la jurisdicción de la Corte.

El hecho de que un caso llegue a la Corte, no solo emerge de la facultad opcional que tiene la Comisión de someter el caso a la Corte —o en forma alternativa emitir un informe final—, sino también se da esa posibilidad cuando el Estado interesado o involucrado remite el caso a la Corte por su propia disposición, ello en virtud a lo establecido por el art. 50.1 de la Convención que señala: “...el asunto ... sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia.”

El sometimiento de un caso a la Corte, tiene intervención no solo la Comisión o el Estado interesado, sino también el peticionario, por ello se ha previsto que se lo notificará con la adopción del informe preliminar y su transmisión al Estado, dándosele la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte, si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos: la posición de la víctima y sus familiares si fueran distintos al peticionario, sus datos, los fundamentos que tiene, la prueba con la que cuenta y sus pretensiones en materia de reparaciones y costas<sup>393</sup>. Con esa determinación, lo que se busca es establecer un equilibrio entre las posiciones de ambas partes, respecto a la posibilidad de someter el caso a la Corte, dándose oportunidad tanto al Estado involucrado como al peticionario de solicitar el sometimiento del caso a la Corte.

Los aspectos que debe considerar y fundamentar la Comisión para someter un caso a la Corte son: la posición del peticionario, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar jurisprudencia y el eventual efecto de la decisión en el ordenamiento jurídico de los Estados<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> Art. 44.3 del Reglamento de la Comisión.

<sup>394</sup> Art. 45.2 del Reglamento de la Comisión.

Finalmente, en cuanto al plazo de tres meses en el que la Comisión debe decidir si envía el caso a la Corte, es bueno considerar que ese plazo corre de manera paralela para el Estado involucrado, quien en ese lapso de tiempo debe cumplir con la recomendación del informe preliminar y en caso de no hacerlo así, antes del vencimiento de ese plazo que es fatal e improrrogable, corresponderá a la Comisión evaluar la situación y decidir en forma alternativa u opcional si remite el caso a la Corte o elabora un informe final.

### **II.2.3 Procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales para Estados no partes en la Convención Americana**

Se manifestó que una de las condiciones imprescindibles para que un caso sea sometido a la Corte, es que se trate de Estados partes de la CADH, que hayan aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con el art. 62.1 de ese instrumento legal<sup>395</sup>. Pero corresponde preguntarse ¿qué sucede cuando los Estados miembros de la OEA no han ratificado la Convención?, el procedimiento aplicable a las peticiones referentes a Estados no partes de la CADH, será el establecido en las disposiciones generales contenidas en el Capítulo II del Reglamento de la Comisión, relativo a las “Peticiones referentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables”, como se prevé en su art. 50. Los artículos del capítulo señalado están vinculados a todo el procedimiento que hasta ese momento se ha hecho mención en cuanto a: requisitos de forma, condiciones de admisibilidad de la demanda, medidas cautelares, investigación en el lugar, etapa contradictoria, establecimiento de los hechos, solución amistosa y decisión sobre el fondo por la Comisión, con la única excepción de que en la última etapa —en cuanto a decisión sobre el fondo— no se aplica el art. 45 del Reglamento, que se refiere precisamente al sometimiento del caso a la Corte, por no haberse ratificado la Convención, como se manifestó.

---

<sup>395</sup> Dicha norma establece: “Todo Estado parte puede, en el momento de depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

Si para obtener un Informe Final de la Comisión, tanto para Estados partes de la Convención como para los que son solo miembros de la OEA y no partes de la Convención, se tiene que todas las etapas son iguales, con la única diferencia de la última. Corresponde también hacer mención al trámite en la misma o de la decisión final. Si establecidos los hechos se llega a la conclusión de que no se ha violado derecho humano alguno, se emitirá un informe que se hará conocer a las partes y se publicará en el Informe Anual de la Comisión, que debe ser sometido a consideración de la Asamblea General de la OEA.

En caso contrario, si analizados los hechos se llega a la conclusión de que si se ha violado Derechos Humanos por el Estado involucrado, la Comisión elaborará un “informe preliminar” con las proposiciones y recomendaciones que juzgue por conveniente, y lo transmitirá al Estado, a efecto de que el mismo asuma esas medidas y cumpla con las recomendaciones que se le ha impuesto, puesto que éstas tienen carácter obligatorio.

En el caso de no llegarse a un acuerdo, porque el Estado no ha dado cumplimiento a las medidas que han sido recomendadas en el plazo que al efecto se le ha dado, corresponderá a la Comisión elaborar un “informe final” y decidir publicarlo en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA o en cualquier otra forma que se considere apropiado; se entiende que la Asamblea General de la OEA ante el incumplimiento de una recomendación establecida por la Comisión en un informe final, le corresponde adoptar alguna medida al respecto contra el Estado infractor.

### **II.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

En la Novena Conferencia Internacional Americana (celebrada en Bogotá, Colombia en 1948) se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en la que se consideró: “Que los derechos del hombre, internacionalmente reconocidos, deben tener una protección adecuada ... debe ser garantizado por un órgano jurídico ...”, por lo que se recomienda al Comité Jurídico Interamericano, la redacción de un proyecto de

estatuto de una Corte IDH<sup>396</sup>, órgano que sería el que garantizaría la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales; dicho proyecto no llegó a existir, pues el Comité Jurídico Interamericano, en su Informe al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en 26 de septiembre de 1949 consideró que "... la falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia..." sería "... obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte"<sup>397</sup>, por esa razón es que consideró que en primer lugar debería haber una convención, para luego trabajar sobre unos estatutos, siendo esa la recomendación que correspondería presentar a la X Conferencia Interamericana.

Del 1º al 28 de marzo de 1954, en Caracas, Venezuela, se llevó a efecto la X Conferencia Internacional Americana, en la que se dictó la Resolución XXIX denominada "Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos", la misma que resolvió que se continúe estudiando la protección jurisdiccional de los derechos a través de una Corte, remitiendo la consideración del asunto a una Undécima Conferencia<sup>398</sup>, sin embargo, dicha Undécima Conferencia nunca llegó a realizarse en la práctica.

En 1959, en Santiago, Chile, se llevó a cabo la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, emitiéndose la Resolución VIII denominada "Derechos Humanos", en la Parte I de dicha resolución se encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención, además de "... el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos"<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm). Novena Conferencia ... cit. p. 210. Se dictó la Resolución XXXI por la que se recomienda: "Que el Comité Jurídico Interamericano elabore un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre. Ese proyecto después de ser sometido al examen y a las observaciones de todos los gobiernos y Estados Americanos, deberá ser remitido a la X Conferencia Interamericana para que ésta lo estudie si considera que ha llegado el momento para una decisión sobre la materia."

<sup>397</sup> Comité Jurídico Interamericano. Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales (1949–1953), pp. 105–110.

<sup>398</sup> [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm). Décima Conferencia Interamericana, celebrada en Caracas, Venezuela en 1954, en Conferencias Internacionales Americanas, segundo suplemento, 1945–1954, p. 311. En esa oportunidad se emitió la Resolución XXIX resolviéndose: "Que el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, continúe los estudios acerca de la protección jurisdiccional de los Derechos Humanos, sobre la base de los proyectos y estudios existentes y a la luz de su propia experiencia, analizando la posibilidad de que se llegue a establecer una Corte Interamericana para proteger Derechos Humanos, con el propósito de que la Undécima Conferencia Interamericana considere el asunto".

<sup>399</sup> <http://www.cidh.org/Basicos/Introduccion.htm>. Declaración en la V Reunión ... cit. p. 10.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, en el que se previó la creación y funcionamiento de una Corte y una CIDH; dicho proyecto fue sometido a consideración en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, en Río de Janeiro el año 1965, pero no se asumió ninguna determinación, remitiéndose dicho proyecto al Consejo de la Organización, órgano que prefirió escuchar la opinión de la CIDH, la que en 1967, presentó su dictamen al Consejo, el que convocó a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica en 1969, oportunidad en la que se adoptó la CADH<sup>400</sup>, la que en su Parte II relativa a “Medios de Protección”, creó a la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, desarrollada en toda la extensión de su Capítulo VIII.

La CADH, entró en vigencia el 18 de julio de 1978, con lo que consolidó el sistema de protección interamericano, al establecerse una Corte de protección de los Derechos Humanos y un procedimiento para efectivizar su actuación y esa protección.

En el séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (mayo de 1979), los Estados partes en la Convención eligieron a sus primeros siete jueces de la Corte, órgano jurisdiccional autónomo de la OEA, de origen convencional; la que fue instalada oficialmente en San José de Costa Rica, el 03 de septiembre de 1979, lugar donde tiene su sede. Actualmente, de los 35 Estados miembros de la OEA, 25 son partes en la CADH<sup>401</sup> y 21 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

En el noveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979) se emitió la Resolución 448 por la que se aprobó el Estatuto de la Corte, cuyo art. 1º la define como: “...

---

<sup>400</sup> Todo ese desarrollo, fue expuesto con mayor amplitud en el punto II.1. del presente trabajo, cuando se hizo referencia al proceso histórico que se dio hasta la emisión de la CADH.

<sup>401</sup> Los 35 países del Continente americano que han ratificado la Carta de la OEA y en consecuencia pertenecen o son miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, debe tenerse presente que: “Por resolución de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1962) el actual Gobierno de Cuba está excluido de participar en la OEA”; datos que se extraen de <http://www.oas.org/documents/spa/memberstates.asp>.

una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la CADH<sup>402</sup>.

En el tercer período de sesiones de la Corte (de julio a agosto de 1980), la misma adoptó su Reglamento<sup>403</sup> y completó trabajos sobre el Acuerdo Sede concertado con Costa Rica, en la que se acuerdan inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces y personal, así como personas que comparecen ante la misma; acuerdo que fue ratificado por el Gobierno de Costa Rica.

### **II.3.1 La regulación jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El marco legal en el que se desarrolla la estructura de la Corte y su competencia se encuentra establecido en lo regulado por la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1969 (en vigencia desde 1978), el Estatuto de la Corte IDH (aprobado en 1979) y el Reglamento de la Corte IDH (aprobado en 1980, con una última reforma el 2009).

#### **II.3.1.1 Composición y elección**

La composición de la Corte y los aspectos relacionados a la elección de los jueces se encuentra desarrollada en las normas de los arts. 52, 53 y 54.1 de la CADH.

La Corte está compuesta por siete jueces, nacionales de la OEA, elegidos entre juristas de alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones, conforme la ley del país del cual sean nacionales o del

---

<sup>402</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>403</sup> <http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

Estado que los proponga como candidato; no debiendo haber dos jueces de la misma nacionalidad.

La Asamblea General de la Organización elegirá a los jueces de la Corte, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, de una lista de hasta tres candidatos propuestos por los mismos Estados partes o de cualquier otro Estado miembro de la OEA, por lo menos uno de los propuestos debe ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Por lo expuesto anteriormente se tiene que, podrán ser miembros de la Corte o la compondrán, jueces que tengan la nacionalidad de cualquier Estado miembro de la OEA, pero eso no significa que quienes los elijan sean miembros de cualquier Estado miembro de la OEA, pues conforme a las disposiciones antes mencionadas, está claro que los únicos que pueden elegir son los Estados partes de la Convención, quienes se encuentran facultados de proponer como jueces a sus nacionales o inclusive a nacionales de otros Estados aunque no sean parte de la Convención.

En cuanto a requisitos para la elección, además de los mencionados (autoridad moral<sup>404</sup> y competencia en la materia de Derechos Humanos), se precisa que la persona a ser elegida, cumpla con otras condiciones propias del país del que forma parte o del que lo ha propuesto.

Los miembros de la Corte podrán ser elegidos por seis años, siendo posible una sola vez ser reelectos; el mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará a los tres años (art. 54 N° 1 de la Convención); debe tenerse en cuenta que el mandato de cada uno de los jueces se cuenta desde el 1° de enero del año siguiente de su elección hasta el 31 de diciembre de ese mismo año (art. 5 N° 2 del Estatuto de la Corte).

Las normas de referencia muestran la necesaria alternancia en el cargo que se expresa en la renovación escalonada de los integrantes de la Corte que —al igual que los miembros de la CIDH— se ha ido consolidando desde la primera elección, puesto que a los tres años de la misma, por sorteo se determinó quienes

---

<sup>404</sup> La autoridad moral como requisito para la elección está vinculada a la posibilidad de ofrecer a los usuarios la mayor garantía de que su asunto se encuentra ajeno a cualquier tipo de influencia o presión; pero la situación se complica cuando se eligió a una persona que reúne esa condición y en el transcurso del desarrollo de sus funciones se tiene conocimiento que la misma es inmoral o que no cumple uno de los requisitos por las que ha sido elegida, en ese caso se debe aplicarse la previsión del art. 20 N° 2 del Estatuto de la Corte, que establece que corresponderá a la Asamblea General de la OEA ejercer potestad disciplinaria respecto a los Jueces de la Corte, a solicitud de la propia Corte, quedándose integrado ese tribunal colegiado con el resto de sus jueces.



(de los siete jueces) eran los tres cuyos mandatos expiraron. La alternancia se hizo en forma paulatina y consecutiva en períodos relativamente cortos, lo que es positivo, puesto que todo cambio bien llevado es saludable a cualquier institución.

### **II.3.1.2 Categorías de Jueces**

El Reglamento ha sido emitido a fin de regular la organización y procedimiento de la Corte IDH, además norma todo aquello que se encuentra establecido en el Estatuto de la Corte y principalmente lo regulado por la CADH.

Para efecto de definiciones, los art. 2. 17 y 18 del Reglamento señalan que el término “juez” significa que integra la Corte en cada caso y la expresión **juez titular** significa cualquier juez elegido de acuerdo con los arts. 53 y 54 de la Convención. Eso implica que será juez titular, quien formando parte de cualquier Estado miembro de la OEA y cumpliendo con los requisitos exigidos, ha sido elegido por mayoría absoluta de los Estados partes de la Convención en una Asamblea General de la Organización (art. 53 de la Convención).

Si bien está establecida la posibilidad de elección de un juez titular nacional de cualquier Estado miembro de la OEA, en la práctica esa elección se da solo en relación con nacionales que pertenecen a los Estados partes o que han suscrito la Convención, puesto que quienes eligen son los Estados partes de la Convención y son sus gobiernos los que de una u otra manera apoyan a quienes los han propuesto como sus candidatos nacionales. No se debe olvidar que de los tres candidatos propuestos uno necesariamente deberá ser nacional de un Estado distinto al del proponente, el mismo podrá ser cualquier Estado miembro de la Organización.

Las vacancias en la Corte causadas por muerte, incapacidad, permanente, renuncia o remoción de los jueces, serán llenadas, en lo posible, en el próximo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, como establece el art. 6.2 del Estatuto de la Corte. De lo que se deduce que también es juez titular, quien ha sido elegido en la Asamblea General de la OEA (por los Estados partes, de ternas propuestas por ellos), pero su período de funciones ya no será de seis años, sino que ese juez electo reemplazará al otro cuyo mandato no ha expirado, pero que dejó vacante el cargo por cualquiera de las causas mencionadas,

completando el mandato; todo ello de acuerdo al entendimiento del art. 5 N° 1 del Estatuto de la Corte.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 2 N° 19 del Reglamento, los **jueces interinos** serán cualquier juez nombrado de acuerdo con los arts. 6.3 y 19.4 del Estatuto; ambas normas coinciden en señalar que se trata de jueces interinos nombrados por los Estados partes (de ternas propuestas por ellos en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, no así en una Asamblea General de la OEA, como se da tratándose de los jueces titulares) a solicitud del Presidente de la Corte. Se designarán jueces interinos para reemplazarlos cuando se dan dos situaciones a saber: por un lado cuando es necesario preservar el quórum de la Corte —que servirá hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos— y por otra parte cuando uno o más jueces hayan sido inhabilitados.

La falta de quórum para sesionar se encuentra estrechamente relacionada con las causas en las que un juez titular (elegido por seis años) deja vacante su cargo por diversas causas que ya se han mencionado, tal el caso que haya fallecido uno de sus miembros, renuncie a su cargo, exista algún caso de incapacidad para el ejercicio de las funciones (discapacidad, invalidez, inhabilidad) o cese por algún caso de incompatibilidad sobreviniente; esas situaciones no son difíciles de presentarse y dificultan el trabajo de la Corte, razón por la que hábilmente se ha previsto por el Estatuto la posibilidad de salvar esos inconvenientes que se presentan a través de la designación de los interinos, de esa manera se impide de alguna manera el que se produzca una mayor demora en la tramitación de las causas.

Si bien es muy beneficiosa esta posibilidad, de designación de jueces interinos, sin embargo se ha cuestionado mucho la posibilidad por carecer la misma de sustento constitucional, en cuanto la CADH no ha regulado ese tipo de situación; pero tal cuestionamiento carece de relevancia, si se tiene en cuenta que el Estatuto de la Corte IDH es la que regula las dos situaciones en las que pueden nombrarse un juez interino. Dicho Estatuto ha sido aprobado en 1979 mediante resolución N° 448 emitida por la Asamblea General de la OEA.

Finalmente en cuanto a la categoría de jueces, se tiene también lo que el Reglamento vino a definir en su art. 2 N° 20 como juez **ad-hoc**, que sería cualquier juez nombrado de acuerdo al art. 55 de la Convención, cuyos numerales 2 y 3 establecen que si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la

nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc* y si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

Parecería que con esta determinación lo que se busca son jueces que más que ejerzan una función jurisdiccional realicen el trabajo de árbitros o conciliadores, lo que no es adecuado a la naturaleza de la Corte IDH, que es un tribunal colegiado que básicamente ejerce función jurisdiccional.

El hecho de que se nombre jueces *ad-hoc* por los Estados partes del caso, puede llegar a restar cierta credibilidad en su trabajo, por ejercer funciones de defensa del Estado que lo nombró, hasta convertirse en una especie de abogados, situación que de alguna manera se dio en el caso Trujillo Oroza<sup>405</sup>, en el que participó Charles Brower como juez *ad-hoc*, quien indicó que se tiene la obligación de asegurar que cada argumento relevante sea favorable a la parte que lo nombró (Estado demandado—Bolivia) y que haya sido apreciado en el curso de la consideración colegiada y sea reflejado en cualquier voto concurrente o disidente que ese juez pueda suscribir<sup>406</sup>.

La razón de ser para el nombramiento de jueces *ad-hoc*, seguramente radica en buscar un equilibrio o asegurar el principio de igualdad entre los Estados partes que son todos iguales y soberanos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los casos contenciosos que conoce la Corte IDH no están referidos a contiendas que se den entre los Estados partes, sino vulneraciones o violaciones de Derechos Humanos que se cometen por un Estado parte y que han sido denunciadas por un determinado individuo; aspectos que motiva el presente cuestionamiento, pues parecería que lo que se logra con ese tipo de jueces es otorgar una ventaja innecesaria al Estado demandado y que es parte de un

---

<sup>405</sup> Caso boliviano que cuenta con Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como caso José Carlos Trujillo Oroza, quien fue víctima de desaparición forzosa, y cuya madre logró que se emitiera las Sentencias de 26 de enero de 2000 y de 27 de febrero de 2002, además de la Resolución de 12 de septiembre de 2005; la lectura in extenso de esas resoluciones se las encuentra en: [www.cidh.org/casos.esp.htm](http://www.cidh.org/casos.esp.htm). En las Sentencias y Resolución, se reconoció la responsabilidad internacional del Estado boliviano, disponiéndose que el Estado localice los restos de la víctima, tipifique el delito de desaparición forzada, sancione a los responsables del ilícito, además de establecer montos a pagar por concepto de daños inmaterial y material.

<sup>406</sup> [www.cidh.org/casos.esp.htm](http://www.cidh.org/casos.esp.htm). Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002, párrafo 1 del voto razonado.

determinado caso, quedando en situación de desventaja quien presentó la denuncia, que como víctima o presunta víctima también tiene la calidad de parte en el caso.

Por tanto se llega a la conclusión de que no existe un verdadero motivo que justifique la existencia de ese tipo de jueces *ad-hoc*; máxime si se tiene en cuenta que una vez elegidos los jueces titulares, los mismos no representan al Estado del que son nacional sino que representan a la Organización en su conjunto.

### **II.3.1.3. Régimen de Incompatibilidades, impedimentos e inhabilidades**

No se podría realizar un desarrollo del régimen de **incompatibilidades**, si es que previamente no se haría referencia a una garantía judicial consagrada en el art. 8 de la Convención que establece el derecho que tiene toda persona de ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; en el mismo sentido el art. 25 del mismo cuerpo legal señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que les ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Esa garantía y derecho se debe efectivizar en cualquier tipo de proceso, máxime si se trata de uno de naturaleza protectora que se otorga dentro de un orden internacional, como es la que se da en la tramitación de un proceso que conoce y se resuelve ante la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Refiriéndose a las actividades de los jueces de la Corte, ha sido la propia Convención la que estableció los medios a través de los cuales se puede efectivizar la garantía judicial y derecho de referencia. Por tanto solo se logrará un tribunal independiente e imparcial que conozca las demandas y recursos que planten las partes cuando se establece un régimen de incompatibilidades; el mismo que tiene por finalidad asegurar la independencia e imparcialidad del juzgador, así como la dignidad y prestigio del cargo.

El art. 71 de la Convención en concordancia con el art. 18 del Estatuto de la Corte, establecen que son incompatibles los cargos de juez de la Corte (también de miembros de la Comisión) con otras actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad, tales como: ejercer funciones en el Poder

Ejecutivo (excepto cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria<sup>407</sup> y de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA<sup>408</sup>), ser funcionario de organismos internacionales, así como cualquier otro cargo y actividad que impida a los jueces cumplir con sus obligaciones.

A diferencia de lo que sucede en otros Tribunales Internacionales, como el Tribunal Andino de Justicia, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Internacional de Justicia (en las que sus magistrados ejercen sus actividades con dedicación única y exclusiva al cargo de jueces para el que han sido elegidos) dentro del SIDH, los jueces no tienen una dedicación exclusiva a su cargo, vale decir que no perciben un sueldo que les permita no ejercer otro tipo de actividades, no es así puesto que a ellos sólo se les cancela emolumentos que se fijan de acuerdo a sus obligaciones e incompatibilidades (además de cancelárseles viáticos y gastos de viaje, cuando corresponda), como se establece en el art. 17 del Estatuto de la Corte; en tal situación es natural que esos jueces tengan que ejercer en sus países otro tipo de actividades comerciales, profesionales o de cualquier otra naturaleza, pero siempre con la condición de que no ejerzan funciones públicas que comprometan su imparcialidad cuando el Estado del que forman parte y en el que trabajan sea denunciado o forme parte de la tramitación de cualquier proceso. Solo así se asegurará su independencia e imparcialidad, siendo esa la razón para que se haya establecido las causas por las que se podría entrar en incompatibilidad con el cargo.

Cuando se habla de no ejercer funciones en el Poder Ejecutivo o no ejercer cualquier otro cargo que impida a los jueces cumplir con sus obligaciones, se entiende que en forma general se está refiriendo a cargos en el Poder Público, no solo a nivel de gobierno (Poder Ejecutivo), sino también actividades dentro de los

---

<sup>407</sup> La forma de redacción daría la posibilidad a que en un razonamiento a *contrario sensu*, no entran dentro de la excepción los cargos que impliquen subordinación jerárquica extraordinaria, pero el problema es que todos los cargos implican necesariamente una subordinación (ordinaria o extraordinaria), máxime si se trata de un país, como es Bolivia, en el que se encuentra establecido el régimen presidencial, donde todos los funcionarios del Poder Ejecutivo dependen del Presidente del Estado Plurinacional, con excepción de él mismo, es decir de la máxima autoridad.

<sup>408</sup> Tampoco se logra comprender la excepción, pues no se encuentra justificación de que los agentes diplomáticos que sean jefes de misión ante la OEA o cualquier Estado miembro, tengan una situación distintas de otro tipo de agentes diplomáticos, más aún si cualquier agente diplomático es alguien que ha sido elegido por contar con la confianza y aceptación del gobierno que lo ha designado.

otros poderes del Estado como son el Poder Legislativo<sup>409</sup>, así como el Poder Judicial<sup>410</sup>. No habría lógica que ejerza función de Juez en la Corte IDH, una persona que además realice funciones como Ministros de Estado, sea parlamentario o Ministro de la Corte Suprema, Magistrado del Tribunal Constitucional, etc., pero no solo funciones del más alto nivel dentro de cada uno de esos órganos del Estado, sino también funciones en otros mandos medios, en general no pudiendo desempeñar ningún tipo de función pública o dentro de la estructura de cada uno de los Estados miembros de la OEA.

Además, la independencia se manifiesta en que el Juez de la Corte no sólo reciba instrucciones de ningún Estado miembro de la OEA, sino también que no sea dependiente y no reciba orden alguna de otro Estado y ahí va la razón por la que en las incompatibilidades señaladas no puede ejercer funciones en organismos internacionales.

Cuidando la imparcialidad e idoneidad del juzgador, el art. 19 del Estatuto de la Corte estableció los **impedimentos** o causas por las que los jueces no pueden participar en asuntos, tal el que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte; en tal situación corresponderá al juez presentar su excusa.

El procedimiento establecido se encuentra regulado en la norma de referencia y en los arts. 19 y 21 del Reglamento, así si alguno de los jueces estuviese impedido de conocer, o por algún motivo calificado se considere que no debe participar en un determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente, la que deberá alegarse antes de la celebración de la primera audiencia pública, salvo que haya ocurrido después. En el mismo sentido, se entiende que el Presidente de la Corte podrá solicitar una excusa antes de la

---

<sup>409</sup> Los Estados que han suscrito la Convención (art. 2º) , han asumido la obligación de adoptar las medidas legislativas para hacer efectivo los derechos y libertades; no tendría autoridad moral un Juez de la Corte que al mismo tiempo sea miembro del Poder Legislativo que como parte del Estado podría ser demandado por no haber cumplido con una obligación que emerge de la Convención.

<sup>410</sup> La violación de las garantías judiciales es una de las razones por las que se plantea denuncias contra un Estado; tampoco tendría moral que exista un Juez de un Estado (parte del Poder Judicial) y al mismo tiempo sea Juez de la Corte Interamericana, definitivamente en tal caso existiría una absoluta incompatibilidad.

celebración de la primera audiencia, salvo que haya ocurrido después o fuese conocida posteriormente, caso en la que se hará valer en la primera oportunidad.

La excusa deberá ser presentada ante el Presidente, quien considerará si existe la causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar el juez en el conocimiento de un determinado asunto. Si el Presidente acepta la excusa, la Corte será la que decidirá. Caso contrario, cuando el Presidente no la acepta o la declara improcedente y el Juez que se excusa está en desacuerdo con esa decisión, será la Corte quien decidirá.

La **inhabilitación** será una consecuencia de los impedimentos y excusas que hayan sido aceptados y podría darse esta situación en tres casos a saber.

En primer lugar se parte del razonamiento establecido en el art. 19 N° 4 del Estatuto de la Corte, que señala que cuando uno o más jueces fueren inhabilitados (por excusas), el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo Permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Los jueces interinos son designados para reemplazar al juez electo, pero en el caso concreto que ha motivado su impedimento y excusa, no para ejercer funciones jurisdiccionales en todos los casos o para completar el mandato del juez electo, porque esa última situación solo se da en caso de vacancia causada por muerte, incapacidad permanente, renuncia o remoción (art. 6b del Estatuto de la Corte); no así tratándose de una autoridad que se encuentra impedida para conocer ese asunto (por tener interés directo en el caso, por haber intervenido en alguna calidad).

Un segundo caso de inhabilitación de un juez se da en el marco de lo regulado por el art. 21.3 del Reglamento de la Corte, que establece que por cualquier causa, cuando un Juez no esté presente en alguna de las audiencias o en otros actos del proceso, la Corte podrá decidir su inhabilitación, para continuar conociendo el caso, en todas las circunstancias que a su juicio sean relevantes. Esta medida constituye una especie de sanción a la obligación que tiene todo Juez de estar siempre presente en todas las audiencias o actos del proceso, caso contrario la Corte decidirá si se inhabilita al Juez por esa falta, y de ser procedente tal determinación, también se abre la posibilidad de nombrarse a un juez interino, que sea llamado para conocer el asunto en el caso concreto en el que se evidencia la ausencia del juzgador.

Finalmente, una tercera causa que motiva una inhabilitación es la establecida en el art. 19.2 del Reglamento de la Corte, que señala que cuando el Presidente del Tribunal es nacional de una de las partes en un caso sometido a la Corte o así lo considere conveniente, cederá el ejercicio de la Presidencia para ese caso; se entiende que esta vendría a ser una especie de inhabilitación también al caso concreto y además en alguna medida discrecional, puesto que se deja en consideración del Presidente el establecer si es o no conveniente ceder o no el ejercicio del cargo a otro para ese caso, lo que no se encuentra apropiado puesto que se deja a un criterio subjetivo y no objetivo el establecer que se aparte o no del conocimiento del asunto. Pero lo que más llama la atención en esa previsión, es establecer una posibilidad de inhabilitación del Presidente de la Corte por el solo hecho de ser nacional de un caso que se tramita, si se tiene en cuenta que de acuerdo al art. 55 de la Convención, el juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer el mismo como se manifestó. Los jueces de la Corte no representan al Estado del que son parte o son nacionales sino que representan a todos los Estados de la OEA, además que son elegidos en consideración a ciertos requisitos y que están referidos a condiciones morales y conocimiento en materia de Derechos Humanos.

#### **II.3.1.4 Organización y funcionamiento**

Los Estados partes de la Convención, en Asamblea General de la Organización, determinarán el lugar en el que tendrá su **sede** la Corte (art. 58 de la Convención); se ha acordado que su sede sea San José de Costa Rica, suscribiéndose el 10 de septiembre de 1981, un tratado en el que se estableció inmunidades y privilegios para la Corte, jueces y personal del tribunal y de las personas que ante ella comparecen.

El hecho de que a la fecha se encuentra establecida su sede en San José de Costa Rica no impide el que pueda celebrarse las reuniones en el territorio de cualquier otro Estado miembro de la OEA que se considere conveniente por mayoría de miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo; por otra parte en cualquier momento esa sede podría ser cambiada, y se daría esa situación



cuando los Estados partes en la Convención, en Asamblea General y por dos tercios de votos, decidan hacerlo así.

En la estructura de la **organización interna** de la Corte, de acuerdo a lo establecido por el art. 3 del Reglamento de la Corte, se tiene que a la cabeza de la misma se encuentra el Presidente, quien es elegido por dos años, pudiendo ser reelecto, su elección se realizará en votación secreta y se proclama electo cuando obtenga cuatro o más votos, si no se alcanza ese número se procederá a una nueva votación para decidir por mayoría entre los que hayan obtenido más votos y en caso de empate se tendrá en cuenta la precedencia<sup>411</sup>; todas estas reglas se aplican en forma similar para el Vicepresidente de la Corte, quien suple en forma temporal al Presidente y lo sustituye en caso de falta absoluta, en cuyo caso será elegido para el resto del período.

Entre las atribuciones del Presidente está representar a la Corte, presidir sesiones, promover trabajos, decidir las cuestiones de orden que se susciten en la Corte, rendir un informe semestral a la Corte; atribuciones todas que en casos específicos puedan ser delegadas al Vicepresidente o cualquier juez; todo ello de conformidad a lo establecido por el art. 4 del Reglamento de la Corte, sin perjuicio de otras atribuciones que le hayan otorgado en el mismo Reglamento o Estatuto de la Corte.

Forman parte también de su organización interna las denominadas Comisiones que se encuentran conformadas por el Presidente, Vicepresidente y el número de jueces titulares que el primero de ellos considere conveniente. Éstos pueden realizar trabajos específicos, sin perjuicio de que además puedan trabajar otras comisiones establecidas por la Corte sobre temas concretos; todo de acuerdo a lo establecido por el art. 6 del Reglamento de la Corte.

En las normas de los arts. 58 Nos. 2 y 3 y 59 de la Convención, 14 del Estatuto de la Corte y 7 a 10 del Reglamento de la Corte se regulan todos los aspectos referidos al funcionamiento de la Corte, en cuanto al trabajo que realiza

---

<sup>411</sup> La precedencia que tendrá un juez de la Corte respecto a otro, es el orden de preferencia que se considerará para resolver ciertas situaciones, como es el caso de un empate en la elección de las autoridades de la Corte, precedencia que se encuentra reglada en el art. 13 del Estatuto que establece que con excepción del Presidente y Vicepresidente, tendrá precedencia entre los jueces titulares el más antiguo, si todos son igual será por mayoría de edad; los titulares tendrán precedencia en relación con los jueces *ad-hoc* e interinos y entre éstos últimos, la precedencia se la considerará en razón de la edad, con excepción del caso de que uno de ellos hubiera servido antes como juez titular.

la Secretaría de la Corte, Secretario, Secretario Adjunto, Secretario interino y demás personal de la Corte.

La **Secretaría de la Corte** funcionará bajo la dirección e inmediata autoridad de un Secretario de la Corte, de acuerdo a las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA.

El Secretario será nombrado por la Corte, siendo un funcionario a dedicación exclusiva, que residirá en la sede de la Corte, debiendo asistir a las reuniones que en ella se celebre y fuera de la misma; deberá poseer conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones. En principio el Secretario es elegido por un período de cinco años, pudiendo ser reelecto, pero al ser un funcionario de confianza, en cualquier momento podrá ser removido cuando así lo decida la Corte, decisión que en su caso se la deberá tomar por mayoría no menor de cuatro jueces, en votación secreta.

Sus atribuciones son amplias, tal como la de notificar con sentencias, opiniones consultivas y otras decisiones, llevar actas, tramitar correspondencia, dirigir la administración de la Corte, preparar proyectos de programas de trabajo, planificar y coordinar el trabajo del personal y ejecutar las tareas que se le encomienden y estén establecidas en el Estatuto o Reglamento de la Corte.

A propuesta del Secretario, se podrá designar un Secretario adjunto, quien auxiliará al primero en el ejercicio de sus funciones y lo suplirá o sustituirá en sus ausencias temporales. En caso de que ambos se encuentren inhabilitados para ejercer sus funciones, corresponderá al Presidente de la Corte designar un Secretario interino que podrá ser un abogado de la Secretaría como encargado de ésta.

El personal o los funcionarios de la Secretaría de la Corte serán nombrados por el Secretario General de la Organización en consulta con el Secretario de la Corte.

El Secretario, Secretario adjunto, personal de la secretaría e interinos, deben prestar ante el Presidente un juramento sobre el cumplimiento de sus funciones y la reserva que deben guardar sobre los hechos que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones; juramento que deberá constar en un acta.

El funcionamiento de la Corte no podría darse materialmente si es que no se estableciera las **sesiones**, en las que se materializa toda la estructura y la organización. Del mismo modo, ni el Reglamento de la Corte ni otra norma establece el número de sesiones ordinarias y extraordinarias que deberán efectuarse, se deja en alguna medida a las necesidades que se vayan presentando, pero siempre en función al presupuesto de que gozan para que se efectivicen.

En ese sentido los arts. 11 y 12 del Reglamento establecen que la Corte celebrará los períodos ordinarios de sesiones que sean necesarios durante el año —en las fechas en las que la misma decida en una sesión ordinaria inmediatamente anterior— y las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente por propia iniciativa o a solicitud de la mayoría de los jueces.

El número de sesiones que se han ido celebrando en las gestiones pasadas ha ido variando, así por ejemplo mientras que en 1998 se celebró cuatro períodos ordinarios de sesiones y dos extraordinarios, el año 2002 se celebró solo cuatro períodos ordinarios y algunas veces por razones de falta de presupuesto hasta llegó a cancelar sesiones ordinarias, situación que se dio el año 2000<sup>412</sup>; la falta de presupuesto hace que este organismo no pueda funcionar de manera permanente.

Las deliberaciones que se realizan a interior de la Corte deben ser resueltas con el **quórum** que establece el art. 56 de la CADH, y que es de cinco jueces; esa previsión general no impide que en situaciones particulares se establezca otro quórum como es el caso anterior comentado, en sentido de que el quórum que debe observar la Corte para la remoción del Secretario es de cuatro jueces (art. 7.2 del Reglamento).

Siendo que la Corte se encuentra integrada por siete miembros, el establecimiento general de un quórum con 5 votos, por una parte es positivo, en cuanto se establece con nitidez el mismo para efectos de cualquier decisión, sin embargo, no deja de ser negativo, en cuanto esa determinación de hecho ya ha impedido el que la Corte se pudiera organizar internamente por salas (tal vez cada una con tres miembros y sin formar parte de las mismas el Presidente); pero esa posibilidad ya no es viable en el momento en el que sus normas establecen

---

<sup>412</sup> Héctor Faúndez Ledesma: *El Sistema ...* cit, p. 215.

un quórum de cinco jueces, el trabajo tiene que ser en pleno y ya no por salas, posibilidad que podría ser beneficiosa en el trabajo que llevan adelante sus miembros.

Tratándose de los jueces titulares no hay duda en cuanto al quórum, pero surge el cuestionamiento cuando se piensa en el trabajo “a interior de la Corte” con jueces *ad-hoc* y en su caso con jueces interinos; se entiende que en ambos casos, dichos jueces (*ad-hoc* e interinos) hacen y forman parte del quórum, resultando su votación esencial para determinar las decisiones de la Corte.

### **II.3.1.5 Competencias (contenciosa y consultiva)**

El SIDH se estructuró para asegurar la protección de los Derechos Humanos a todos los Estados miembros de la OEA, competencia que la comparten tanto la Comisión como la Corte IDH.

A partir de la emisión de la CADH, esa protección se desdobra en un sistema dual, en cuanto se tiene en cuenta por un lado a los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención y se los considera como Estados partes; por otro lado, se tiene a los Estados miembros de la OEA. La competencia de ambos órganos de protección (Comisión y Corte) varía según se trate de uno o del otro caso.

En relación con la competencia de la Corte IDH, tiene dos tipos de funciones, una jurisdiccional y contenciosa, otra de tipo consultivo. Tratándose de los Estados Partes en la Convención, la Corte asume una **competencia contenciosa (función jurisdiccional)** para conocer cualquier caso relativo a la aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea remitido<sup>413</sup>, a través de esta función: “la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana”<sup>414</sup>, obviamente que en esta situación es necesario que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención o en cualquier otro momento posterior; declarando en

---

<sup>413</sup> Art. 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>414</sup> Manuel E. Ventura Robles: “La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Camino Hacia Un Tribunal Permanente” en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. UNHCR, San José, Costa Rica, 2003, p. 113.

forma expresa como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte.

Con referencia a la función consultiva o competencia interpretativa de la Corte es respecto a todos los Estados miembros de la OEA, es decir no solo los que reconocieron la competencia en forma expresa, sino absolutamente para todos los Estados miembros de la organización, **competencia consultiva** a través de la cual: “la Corte responde aquellas consultas que le formulan los Estados Miembros de la OEA o los órganos de la misma, sobre temas atinentes a la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas”<sup>415</sup>, o lo que es lo mismo, a través de esta competencia de la Corte, cualquier Estado puede consultarle acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos y de su compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales; tal como se establece por el art. 64 de la Convención, la consulta podrán realizarla no solo los Estados miembros, sino también todos los órganos de la OEA.

### II.3.2 Procedimiento para casos contenciosos

La CADH, bajo el rótulo de “Procedimiento”<sup>416</sup> no regula todo el trámite, que en líneas generales podría ser establecido en todos aquellos casos contenciosos que correspondan ser conocidos y resueltos por la Corte; probablemente la razón radica en que la Convención tiene un carácter más sustantivo que adjetivo, pues si bien se establecen una serie de normas referidas a las distintas etapas del procedimiento (forma), sin embargo, la parte central y de mayor sustancia está indudablemente en la que se regula deberes de los Estados y derechos protegidos (fondo).

Los aspectos de procedimiento extrañados en la Convención, se suplen con las previsiones amplias que al respecto existen en el Estatuto de la Corte y el Reglamento de la Corte, a los que se hará constante referencia, como también a

---

<sup>415</sup> Op. cit. supra.

<sup>416</sup> Arts. 66 a 69 de la Convención Americana.

otras normas que sean aplicables, sea en la CADH u otras de igual o similar naturaleza.

### **II.3.2.1 Competencia: en razón de las personas (del locus standi al jus standi), por materia y temporal**

Se había manifestado que la Comisión emite un informe preliminar y si en el plazo de tres meses el asunto no logró ser solucionado, se abre la posibilidad de que la Comisión o el Estado parte de la Convención pueda someter el caso a la decisión de la Corte<sup>417</sup>.

Los Estados partes y la Comisión -que son los que tienen el derecho de someter el caso a la decisión de la Corte- podrán introducir la causa ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda en los idiomas de trabajo, demanda que -como cualquier escrito- deberá estar dirigida a la Corte y presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado, debiendo remitirse la traducción en el idioma del Estado demandado, en un plazo máximo de veintinueve días<sup>418</sup>.

En esa alternativa, es decir cuando la Corte tenga conocimiento de un caso contencioso por haber sido sometido a su conocimiento, de inicio le corresponderá determinar su competencia, a efecto de conocer y resolver el asunto; para ello tendrá en consideración la existencia de tres principales factores: objetivo, subjetivo y temporal.

La determinación de la competencia *subjetiva*, se encuentra estrechamente vinculada a la calidad de las personas que litigan, por eso es que también es conocida como **competencia en razón de las personas** que intervienen en el procedimiento, las que de acuerdo a la situación que se encuentren tendrán legitimidad activa y pasiva.

Cuando se desarrolló el procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales que se tramita ante la Comisión, se indicó que la misma emitía el informe provisional (obligatorio) y si en el plazo de tres meses el asunto no fue solucionado, en forma alternativa se podría emitir un informe final o someterse el caso a conocimiento de la Corte por la Comisión o por el Estado

---

<sup>417</sup> Art. 51 en relación al art. 61.1 de la Convención Americana.

<sup>418</sup> Art. 61.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 34 del Reglamento de la Corte.

parte o interesado<sup>419</sup>; de donde se extrae que los únicos que gozan de *legitimación activa* para someter un caso a la Corte son: la Comisión y los Estados interesados (art. 51.1) y/o partes (61.1)<sup>420</sup>.

Respecto a la legitimación activa de la Comisión no hay mayor duda ni comentario, puesto que ésta lo hace de manera general y en casi todos los casos, no solo cuando ha constatado o determinado la existencia de violaciones a los Derechos Humanos, sino también cuando considera que es necesario por tratarse de algún tema relevante que hay que desarrollarlo o cuando por su complejidad es preciso aclararlo o para establecer algún criterio jurisprudencial o porque los argumentos de algún peticionante son necesarios considerarlos de manera más profunda.

Existe cierta confusión en la determinación de la legitimación activa respecto al “Estado interesado” o “Estados partes”.

Puede entenderse por “Estado interesado” aquel que se encuentra como parte de un determinado procedimiento (como denunciante o denunciado), pero también en un sentido mayor puede pensarse en un Estado interesado (parte de la Convención) en las resultas del proceso por cualquier razón (ejemplo: el Estado en el que ha nacido la víctima de actos cometidos en otro Estado que es el denunciado); se entiende que para el sometimiento del caso a la Corte deberá considerarse como Estado interesado no en el sentido amplio, sino solo en relación aquellos Estados que no solo son partes en la Convención sino que son partes en un determinado procedimiento.

Tratándose de los “Estados partes”, hay que asumir el doble sentido de los términos, en cuanto son Estados partes de la CADH<sup>421</sup> y son Estados partes del procedimiento que se lleva a efecto ante la Comisión<sup>422</sup>.

En esa virtud, sea el Estado denunciante o sea el Estado denunciado, pueden someter el caso a conocimiento de la Corte, o lo que es lo mismo,

---

<sup>419</sup> El razonamiento se extrae de la norma contenida en el art. 51.1 en relación con el art. 61.1 de la Convención Americana.

<sup>420</sup> Durante el año 2013 la CIDH solo sometió 11 casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013* (on line: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnualCap1.pdf>).

<sup>421</sup> No se debe olvidar que sólo se somete a conocimiento de la Corte, cuando se trata de Estados partes de la Convención.

<sup>422</sup> Debe tenerse en cuenta que se tramita ante esa instancia no solo *peticiones individuales* (de un peticionante contra un Estado parte o no parte de la Convención), sino también *comunicaciones Estatales* (de un Estado contra otro Estado, ambos partes de la Convención).

cualquiera de ellos tienen legitimación activa; sin embargo no puede dejar de expresarse la poca posibilidad de que sea un denunciado el que someta el caso a conocimiento de la Corte, pues quienes siempre lo han hecho son los Estados denunciados o la propia Comisión, que como se manifestó, es la que en forma más regular ejerce esa su calidad de legitimado activo.

No se podría concluir esta parte si es que no se considera la existencia evidente de una *falta de legitimidad activa* respecto al peticionante<sup>423</sup>; se manifestó que cualquier persona (víctima o no) tiene legitimidad activa para presentar una denuncia por violación de la CADH, abriéndose la competencia de la Comisión para conocer una denuncia de esa naturaleza; pero lamentablemente ese sujeto —que bien puede ser la víctima—, no tiene legitimación activa para presentar ese mismo caso a conocimiento de la Corte, pues como se señaló en los párrafos precedentes, solo tienen tal capacidad o gozan del *jus standi* los Estados partes o interesados y la Comisión, que son los legitimados para someter un caso a la decisión de la corte.

Ésta constituye una de las mayores limitaciones que tiene el SIDH, pues no tiene lógica que de manera directa pueda iniciar el procedimiento ante la Comisión cualquier persona, pero la misma no pueda acceder en forma directa ante la Corte, como ocurre en el caso del Sistema Europeo, que en el marco del CEDH, con las reformas introducidas por el Protocolo N° 11, se permite que la víctima pueda mover toda la estructura establecida en esa Convención, presentando la demanda y denunciando una supuesta violación de Derechos Humanos<sup>424</sup>, de ahí que: “las relaciones de la Corte Europea con los individuos demandantes pasaron a ser, pues, directas, sin contar necesariamente con la intermediación de los delegados de la Comisión”<sup>425</sup>.

En el SIDH, parecería justificarse esa situación (de que la víctima no tenga acceso directo a la Corte) por la manera como está estructurado el procedimiento

---

<sup>423</sup> El peticionante es cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental, que presenta a conocimiento de la Comisión, peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la Convención por un Estado parte, como se establece en el art. 44 de la Convención Americana; ese peticionante bien puede ser la víctima de lo denunciado o simplemente tratarse de “Cualquier persona ...” que tenga conocimiento del hecho, pero no un interés directo en el mismo.

<sup>424</sup> El art. 34 del Convenio Europeo, expresa que “El Tribunal podrá conocer una demanda presentada por cualquier persona física ... que se considere VÍCTIMA de una violación...” y ahí va otra diferencia con el Sistema Interamericano, en el que la legitimación activa (pero ante la Comisión y no ante la Corte) la tiene no sólo la víctima sino cualquier peticionante.

<sup>425</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “El nuevo Reglamento ...”, op. cit., p. 90.



ante la Comisión y la Corte, pero se pretende que en un futuro próximo se pueda modificar esa estructura, dándose también la posibilidad a la víctima que pueda someter el caso a la Corte cuando no lo hagan así la Comisión o el Estado parte.

Si bien la víctima carece de legitimación activa (tratándose de la Corte) la misma tiene posibilidad de una participación activa y autónoma durante todo el proceso, que se conoce como el *locus standi in judicio* de los individuos, como se regula en los arts. 25.1 y 40 del Reglamento de la Corte, que establece que las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.

El reconocimiento del *locus standi in juicio* a favor de las presuntas víctimas, o de sus familiares o de sus representantes legales, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte Interamericana, es sin lugar a dudas uno de los avances: “más importantes, pero no necesariamente la etapa final del perfeccionamiento del sistema interamericano”<sup>426</sup>, que se logrará en una evolución mayor, misma que: “apunta hacia el reconocimiento futuro del derecho de acceso directo de los individuos a la Corte (*jus standi*), para traer un caso concreto directamente ante ella. En el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios directamente ante la CIDH”<sup>427</sup>.

Es decir que solo cuando un caso llegue a la Corte de manera directa, como consecuencia de la denuncia de una supuesta víctima, existirá un real avance de la normatividad, es que cuando las instancias nacionales se mostraren incapaces de asegurar la realización de la justicia solo a través del *jus standi in judicio* las supuestas víctimas acudirán de manera directa al tribunal internacional y podrán hacer valer sus derechos logrando: “la consolidación de la personalidad y plena capacidad jurídica internacional de la persona humana (en los sistemas regionales de protección)”<sup>428</sup>, es que: “Seamos realistas: sin el derecho de petición individual, y el consiguiente acceso (directo) a la justicia a nivel

---

<sup>426</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “El nuevo Reglamento ...”, op. cit., p. 92.

<sup>427</sup> Op. cit. supra, p. 93.

<sup>428</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “La persona humana ...”, op. cit., p. 288.

internacional, los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos se reducirían a poco más que letra muerta”<sup>429</sup>.

Lamentablemente, como está estructurado actualmente el SIDH la víctima solo pueda presentar solicitudes, argumentos, pruebas y otros ante la Corte (después de que otros han accionado) y no acudir de manera directa y sin intermediarios ante la misma, por lo que no goza de manera plena el derecho a ejercitar una tutela de manera realmente efectiva, debiéndose aunar esfuerzos en todo el SIDH para reconocerse a la víctima una capacidad jurídica plena, pasando de una vez del *locus standi* al *jus standi*.

En cuanto a la *legitimación pasiva*, la tiene el Estado que ha sido denunciado, pero además tiene que ser aquel que a través de una declaración o convención especial —de manera expresa, incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos— haya reconocido como obligatoria la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención<sup>430</sup>. El Estado boliviano, a través de Ley de 11 de febrero de 1993 ratificó la CADH y reconoció la competencia, así como la jurisdicción de la Corte IDH, reconocimiento que lo hizo: “... incondicionalmente y por un plazo indefinido...”<sup>431</sup>; de lo que se deduce que no existe ninguna condición para que la Corte ejerza jurisdicción en relación al Estado boliviano, abriéndose su competencia en cualquier caso y tiempo, sin estar sujeto a casos específicos.

La competencia de la Corte IDH también se encuentra determinada por un factor *objetivo*, que está reflejado en la **competencia por materia** que tiene en función al objeto de la interpretación y aplicación.

La competencia de la Corte se abre, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH<sup>432</sup>; por tanto no cabe la menor duda de que conocerá casos referidos a los alcances de la CADH. Corresponde preguntarse: ¿esa competencia material se extenderá a otros tratados sobre Derechos Humanos?, —obviamente que si—, no se olvide que ninguna disposición de la CADH puede ser interpretada en sentido de limitar el efecto que pueda producir la DADH y otros actos internacionales de la misma

---

<sup>429</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 100.

<sup>430</sup> Art. 62 de la Convención Americana.

<sup>431</sup> Art. 3 de la Ley de 11 de febrero de 1993.

<sup>432</sup> Art. 62.3 de la Convención Americana.

naturaleza<sup>433</sup>. En ese entendido la Corte también tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la DADH; Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; el art. 19.6 del Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 *in fine* de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; art. XIII de la Convención Interamericana sobre la desaparición Forzada de Personas y art. 11 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En un razonamiento contrario, la competencia de la Corte no se abrirá si se presenta cualquier caso referido a interpretación y aplicación de disposiciones que no forman parte del SIDH (antes señaladas), así por ejemplo, las normas internas que pueda tener cada Estado Parte de la Convención y que además no tengan ninguna relación con las contenidas en la Convención y otros tratados sobre Derechos Humanos.

Finalmente, hay un tercer factor, el **tiempo** —el que determina la **competencia temporal de la Corte**—, que no está sometido al momento en que la CADH empezó a tener vigencia o ha sido ratificada, sino al momento (que muchas veces es posterior a la vigencia y ratificación) en que el Estado parte de la Convención reconoció expresamente la competencia de la Corte, que no siempre es indefinida y para todos los casos, sino que también puede ser por tiempo determinado y para casos específicos.

Esa competencia temporal se da no solo en relación con la CADH, sino también con referencia a los otros tratados de Derechos Humanos que forman parte del SIDH.

### **II.3.2.2 Medidas Provisionales**

Cuando la Corte analizó con carácter previo y preliminar ciertas consideraciones de competencia subjetiva, objetiva y temporal, por razón de las personas, materia y temporal<sup>434</sup>, podrá conocer y tramitar medidas provisionales

---

<sup>433</sup> Art. 29.d de la Convención Americana.

<sup>434</sup> La Corte realizará un análisis preliminar y previo de competencia, cuando conoce una solicitud de medidas provisionales; el análisis de competencia de manera especial y fundamentada, se podrá realizar en un momento posterior del procedimiento, en el caso de que la parte demandada

que se presentan con la demanda o a partir de su presentación y en cualquier estado del proceso.

Las medidas provisionales se encuentran reguladas en el art. 63.2 de la CADH y 27 del Reglamento de la Corte; en líneas generales señalan que en los casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas, la Corte podrá ordenar medidas provisionales que considere pertinentes.

La protección que otorga la Corte en el caso de que evidencie la existencia de una vulneración a los derechos de las personas y al ordenamiento jurídico convencional puede tardar meses e inclusive años, en muchos casos ese tipo de protección resulta ya ineficaz, pues por el tiempo transcurrido durante todo el trámite hasta la decisión final, pueden haberse producido efectos perjudiciales pues el daño resulta ya irremediable; para soslayar esa situación, es que el ordenamiento estableció la posibilidad de que se pueda tramitar medidas provisionales, cuya principal **finalidad** es evitar daños irreparables o efectos perjudiciales que pueden producirse por el retardo en una decisión final, por lo que en casos de extrema gravedad y urgencia, se impide esa pérdida —a través de las medidas provisionales— otorgándose una protección temporal a quien alega ser víctima de la violación de ciertos Derechos Humanos, que pueden ser protegidos aún antes de dictarse la sentencia definitiva.

De acuerdo a lo establecido por la Convención y el Reglamento de la Corte referidos, tres son los **requisitos** necesarios para la procedencia de una medida provisional, tal que: **a)** se trate de un caso de extrema **gravedad**, que se da cuando una presunta víctima se encuentra en una situación de peligro, pero el mismo es de tal magnitud que no puede ser resuelto por los medios ordinarios de defensa que se tiene en cada uno de los Estados o sistemas internos de protección; **b)** exista **urgencia** en adoptar una medida temporal por la Corte, pues el riesgo y peligro es actual e inminente, que si no se asume una medida inmediata y oportuna, el daño y la lesión que se pueda causar en los derechos del sujeto pueden ya resultar insalvables y; **c)** de producirse la lesión sería el **daño irreparable** e irremediable para la persona, por lo que se busca una protección

---

o Estado denunciado cuestione aspectos de competencia a tiempo de plantear las excepciones preliminares (a las que se hará referencia posteriormente).

inmediata y temporal, que en el futuro viabilice una adecuada protección final o antes de que exista una decisión definitiva pero poco eficaz.

Por regla general, se abre la **competencia de la Corte** para conocer solicitudes de medidas provisionales en **casos que esté conociendo** o que se tramitan ante la Corte y se encuentran pendientes de resolución.

Esa competencia de la Corte también se abre para conocer y resolver medidas provisionales que se solicita en **casos que está conociendo la Comisión Interamericana** o lo que es lo mismo, casos que aún no estén sometidos a conocimiento de la Corte; dicha solicitud la podrá realizar la Comisión cuando se encuentre reunida, así como también su Presidente y en su ausencia uno de los Vicepresidentes. Las medidas provisionales se pueden solicitar cuando se cumplen los tres requisitos mencionados, es decir que se trate de casos de extrema gravedad, urgencia y se haga necesario evitar un daño irreparable a las personas<sup>435</sup>. Parecería no tener sentido de que exista también la posibilidad que en esos casos, se pueda solicitar a la misma Comisión la adaptación de medidas cautelares<sup>436</sup>, que al igual que las medidas provisionales, tienen la misma finalidad, en cuanto permiten medidas (cautelares o provisionales) que otorguen una protección temporal a los Derechos Humanos denunciados como lesionados, pero lo que en realidad ocurre es que cuando la Comisión dispone en primer lugar medidas cautelares y no se las cumplen o no son eficaces, se recurre a la Corte (que todavía no tiene conocimiento del caso) de manera directa para que imponga y ordene el cumplimiento de las medidas provisionales que si sean eficaces y oportunas.

El **procedimiento** de las medidas provisionales solicitadas en casos que son de conocimiento de la Corte, tiene un trámite incidental rápido y expedito, a partir del momento en que se presenta la demanda y en cualquier estado del procedimiento. La Comisión, las víctimas o sus familiares podrán presentar esa solicitud al Presidente, a cualquiera de los jueces o la Secretaría. En los últimos dos casos, de recibirla la pondrán en conocimiento del Presidente; la Corte o su Presidente, podrán convocar a las partes a una audiencia pública para las medidas provisionales; en el caso de que la Corte no estuviere reunida, el

---

<sup>435</sup> Art. 63.2 *in fine* de la Convención Americana; art. 25.2 del Reglamento de la Comisión y art. 27.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>436</sup> Art. 25 del Reglamento de la Comisión.

Presidente en consulta con los demás jueces o la Comisión permanente podrá requerir que el gobierno respectivo dicte las providencias urgentes para asegurar la eficacia de las medidas provisionales, que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones; la Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado y cuando no hubieran sido ejecutadas formulará las recomendaciones que considere pertinentes.

Las **clases** de medidas provisionales no se encuentran reguladas, pero no por ello puede considerarse que las mismas sean discrecionales por la Corte, que las establece en función a su solicitud y al cumplimiento de los requisitos mínimos antes señalados, teniendo siempre en cuenta que con su emisión no se está juzgando el fondo del asunto. Es amplia la posibilidad para establecer medidas provisionales, por ejemplo: medidas para proteger la integridad física y/o moral, la investigación de hechos, comunicaciones, el no desalojamiento de vivienda o residencia, la investigación y sanción de los hechos, disponer la no persecución y amenaza, garantías de independencia judicial, información de investigaciones, etc., etc..

Las medidas tienen un **carácter temporal**, pues no pueden extenderse más allá del tiempo que sean necesarias y de las circunstancias que hayan motivado su emisión, pero puede darse el caso que la Corte establezca o fije el plazo de su vigencia, que de ser breve y mantenerse la necesidad puede ampliarse por otro plazo adicional, sin que ello implique prejuzgar el fondo del asunto. En cualquier momento y durante su vigencia, por su carácter temporal toda medida provisional puede ser modificada, ampliada o revocada, a solicitud de cualquiera de las partes. Finalmente dejan de tener vida o de existir si la Corte determina su incompetencia para conocer el caso, en virtud de un cuestionamiento que haga la parte demandada; en igual sentido concluyen cuando se ha fijado de inicio un tiempo de vigencia y el mismo expira, no siendo necesaria su ampliación cuando la Corte pronuncia Sentencia de fondo en la que puede adoptar esas medidas provisionales y hacerlas definitivas.

Las medidas provisionales tienen **carácter vinculante**, pues se encuentran reguladas en la CADH, que de acuerdo a la Convención de Viena establece el *pacta sunt servanda*, obliga a todos los Estados a cumplir con los tratados que suscribe de acuerdo al principio de buena fe; además no se puede soslayar hasta

la redacción del art. 63.2 de la Convención que fija: "... la Corte ... podrá tomar las medidas provisionales ...", norma con la que concuerda el art. 27.1 del Reglamento de la Corte que señala: "La Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.". Por todo lo mencionado se entiende claramente que las mismas no son simples recomendaciones o sugerencias, sino que tienen un carácter de cumplimiento obligatorio. No estando en duda su carácter vinculante, corresponde preguntarse –¿cuál es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales? –; se entiende que es la propia Corte el órgano que se encarga de asegurar el cumplimiento de las mismas y su control, al extremo de que si las mismas no han sido debidamente ejecutadas, podrá formular las recomendaciones que considere pertinentes<sup>437</sup>, que las volverá a supervisar, sin que ello impida que pueda delegar tal actividad a la Comisión.

### **II.3.2.3 Fase escrita. Demanda**

En la **demanda** el legitimado activo expondrá los extremos que considere conveniente, debiendo cumplir para ello con los requisitos de contenido y de forma que sean necesarios a los que se hará referencia, siendo la mayor expresión del derecho a una tutela judicial y efectiva que tiene la parte actora, así como del derecho a la acción.

Con la presentación de la demanda, se inicia el procedimiento de fondo en su fase escrita, la misma se tramita ante la Corte IDH, pero antes del análisis de la demanda, corresponderá al Tribunal establecer si se ha **agotado el procedimiento anterior ante la Comisión** señalado en los arts. 48 a 50 de la CADH, por mandato expreso de lo previsto en el art. 61.2 de la misma disposición legal, es decir que deberá confirmar el hecho de que el asunto ha sido de conocimiento de la CIDH, la misma que después de todo el procedimiento ha llegado a emitir sus recomendaciones en un informe preliminar, informe que debe ser adjuntado a la demanda. El que se agote el procedimiento ante la Comisión, no puede ser un extremo que pueda ser renunciado por el Estado denunciado,

---

<sup>437</sup> Art. 27.10 *in fine* del Reglamento de la Corte.

pues hay que tener en cuenta que el procedimiento se activa a favor de la víctima o sus familiares.

Una vez que la Corte tiene certeza de que se ha tramitado el procedimiento correspondiente ante la Comisión, recién se abre la posibilidad de realizar el **examen preliminar de la demanda**, pero como es un Tribunal colegiado, por razones prácticas, ese análisis se delega al Presidente de la misma, quien deberá analizar si los requisitos han sido cumplidos o en su caso solicitar al demandante que los subsane en un plazo de 20 días<sup>438</sup>.

Como se manifestó, la demanda debe cumplir con los requisitos necesarios –que en caso de ausencia motivarán una observación a efectos de su subsanación–, regulados en el art. 35 del Reglamento de la Corte, pero que por razones académicas pueden ser divididos de dos maneras: de forma y de contenido.

Entre los **requisitos de forma de la demanda** están: **a)** consignar el nombre y la dirección del denunciante original, así como de las presuntas víctimas o familiares<sup>439</sup>; **b)** señalar los nombres de los agentes o delegados, que representan al Estado denunciado o Comisión respectivamente, además del domicilio de los mismos; **c)** indicar las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; **d)** acompañar el informe preliminar en caso de que la demanda sea introducida por la Comisión; **e)** acompañar las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán y; **f)** individualizar a testigos, peritos y el objeto de sus declaraciones.

Los **requisitos de contenido de la demanda** deben ser: **a)** la exposición con precisión y claridad de los hechos que se denuncian y que sirven de fundamento de su demanda; **b)** los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes, se entiende que en las conclusiones se debe expresar cuales son los derechos que se consideran violados y; **c)** las pretensiones que se alegan o lo que se solicita para preservar o restablecer el derecho que se denuncia como vulnerado, incluidas las referidas a las reparaciones y costas.

---

<sup>438</sup> Art. 34 de la Convención Americana y 38 del Reglamento de la Corte.

<sup>439</sup> El nombre y la dirección de las presuntas víctimas o sus familiares, puede no ser señalada en la demanda, en tal caso, para evitar indefensión de las mismas, como se establece en el art. 38 del Reglamento de la Corte, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso.



El adecuado cumplimiento de los requisitos de forma y contenido, permiten que cuando la Corte conozca una demanda, no tenga que indagar qué es lo que ha querido decir el solicitante o cual es la norma que ha sido denunciada como violada, pues una tarea de investigador del sentir del demandante, no contribuiría a un normal desempeño de sus funciones y se correría el riesgo de estar a apreciaciones subjetivas de los miembros del Tribunal colegiado.

A fin de contribuir con la celeridad procesal que debe también estar presente en procesos como el que ahora se conoce –como se manifestó en el Reglamento de la Corte (art. 38) –, se estableció la posibilidad que el Presidente de la misma pueda observar el incumplimiento de cualesquiera de los requisitos (de fondo y forma) establecidos en las normas que le son aplicables u otros que se consideren pertinentes, tal como el que la Comisión remita el proceso o todos los antecedentes que han motivado la demanda, o el que las copias adjuntadas sean claras y legibles, etc. etc. Esa observación que realiza la Corte tiene la finalidad práctica de que no existan rechazos *in limine* de la demanda, sin dar la posibilidad que esos aspectos sean subsanados o salvados por el demandante en el plazo que al efecto se establezca.

Una vez que se haya realizado el examen preliminar por el Presidente de la Corte y cuando se cumpla la demanda con los requisitos de forma y de contenido o que hayan sido subsanadas las observaciones que al efecto pudieran haberse realizado, corresponderá la **admisión de la demanda** y debe disponerse la notificación de la demanda; en caso contrario, si la demanda observada no ha sido oportunamente subsanada, corresponderá el **rechazo de la demanda**.

Una vez que la Corte estableció su competencia y haya determinado que la demanda cumple o reúne con los requisitos de forma y de fondo que son necesarios para su admisión, formalmente podrá abrir su competencia con la correspondiente **notificación de la demanda**.

Varios sujetos tienen participación en el procedimiento que se tramita ante la Corte IDH, a los que el Secretario debe comunicar con la demanda<sup>440</sup>, tales como: **a)** el Presidente y los jueces de la Corte, **b)** el Estado demandado, en el

---

<sup>440</sup> Art. 39 del Reglamento de la Corte.

caso de que la Comisión sea la demandante<sup>441</sup>; **c)** la Comisión, cuando no sea la parte demandante sino el Estado; **d)** el denunciante original si se lo conoce<sup>442</sup>; **e)** la presunta víctima, sus familiares o representantes acreditados<sup>443</sup> y **f)** el Secretario podrá también informar sobre la demanda a otros Estados partes, al Consejo Permanente de la OEA y al Secretario General de la OEA.

A tiempo de notificarse con la demanda, el Secretario solicitará que en el plazo de 30 días los Estados demandados designen al agente respectivo y la Comisión a sus delegados<sup>444</sup>. En consecuencia en el proceso, quien representa al Estado demandado es un agente que podrá ser asistido por cualquier persona de su elección<sup>445</sup>, a su vez, quien representa a la Comisión serán los delegados que al efecto se designen, que igualmente podrán hacerse asistir por cualquier persona a su elección, dándoles las instrucciones que considere necesarias para orientar su actuación ante la Corte<sup>446</sup>; teniendo en cuenta que el Estado puede no solo ser demandado, sino que al igual que la Comisión en algún caso puede ser demandante, en ese tipo de representación se estableció la posibilidad de que exista un agente alterno<sup>447</sup> que podrá suplir al primero en caso de ausencia temporal.

#### **II.3.2.4 Contestación**

Notificado el Estado demandado con el escrito de demanda, corresponderá la **contestación a la demanda**, que tiene la característica de ser un memorial en el que el Estado demandado niega los extremos alegados en su contra, o señala no tener responsabilidad en los hechos denunciados, aunque no es imposible que se de la situación contraria, es decir de que el demandado reconozca su

---

<sup>441</sup> Como la Corte Interamericana es un tribunal de justicia y no un organismo internacional ante el cual los Estados tengan acreditados a sus embajadores, corresponderá notificarse a los que representan a ese Estado y en el caso boliviano, será el Ministro de Relaciones Exteriores.

<sup>442</sup> Téngase en cuenta que conforme al art. 44 de la Convención, cualquier persona o grupo o entidad no gubernamental de un Estado que es miembro de la organización (sin importar que sea nacional o no de un Estado parte de la Convención), podrá presentar denuncias individuales de violación de Derechos Humanos.

<sup>443</sup> Si bien es cierto que la víctima no puede presentar la demanda directamente a la Comisión, se le hace conocer esa acción y se le da la posibilidad de una participación activa y autónoma.

<sup>444</sup> Art. 39.3 y 4 del Reglamento de la Corte.

<sup>445</sup> Arts. 23.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>446</sup> Art. 24 del Reglamento de la Corte.

<sup>447</sup> Art. 2.2 del Reglamento de la Corte.

responsabilidad, pero puede no estar de acuerdo con la calificación que se señala en su contra o con las indemnizaciones que se pretende en la demanda.

Deberá contestarse en un **plazo** improrrogable de dos meses —computables desde su notificación con la demanda—, ese memorial de contestación tendrá que ser notificado al Presidente y los jueces de la Corte, al Estado demandante, a la Comisión si es la demandante, al denunciante y presuntas víctimas si son conocidas. Tratándose de presuntas víctimas o sus familiares, si bien *strictu sensu* no contestan la demanda por no ser demandados, tienen el plazo improrrogable de dos meses —computables desde su notificación con la demanda— para presentar su escrito expresando sus argumentos, solicitudes y acompañando sus medios de prueba. El demandado —en el mismo escrito de contestación a la demanda o en otro— podrá presentar observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por las presuntas víctimas o sus familiares<sup>448</sup>.

Al igual que la demanda, la contestación —en ciertas situaciones— se encuentra sujeta a las mismas reglas, así la presentación del escrito puede hacerse vía courier, facsímile u otro y contendrá los requisitos que el escrito demanda<sup>449</sup> en lo que sean aplicables, que como se manifestó han sido separados entre los requisitos de forma y de contenido. Los **requisitos de forma de la contestación** deben ser: **a)** la consignación del nombre y dirección del denunciante original de existir y de las presuntas víctimas o familiares<sup>450</sup>; **b)** el nombre del Agente y Delegados en caso de que el demandante o actor sea un Estado parte o la Comisión respectivamente, además debe expresar el nombre de su propio Agente, obviamente, en todos los casos se indica el domicilio de los mismos; **c)** acompañar las pruebas que tenga a su alcance como descargo, con la expresión de los hechos sobre los cuales versarán y; **d)** individualizar a testigos, peritos y el objeto de sus declaraciones.

---

<sup>448</sup> Lo que se entiende de lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del Reglamento de la Corte.

<sup>449</sup> Arts. 28.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>450</sup> La mención de las presuntas víctimas deberán ser señaladas si el Estado demandado conoce quienes son, sin que ello implique en ningún momento que asuma responsabilidad frente a ellas por ese simple hecho de carácter tan formal.

Los **requisitos de contenido de la contestación** son: **a)** la declaración del demandado si acepta los hechos y las pretensiones si las contradice<sup>451</sup>; **b)** en cualquier caso (accepte o niegue las pretensiones) deberá expresar los fundamentos de derecho y las conclusiones a las que arriba y; **c)** la solicitud final, a fin de que se desestimen las pretensiones del demandante o en caso de asumir responsabilidad, puede pedir que se cambien las calificaciones.

### II.3.2.5 Excepciones Preliminares

A tiempo de contestar la demanda, corresponderá al Estado demandado oponer las excepciones preliminares que considere convenientes, como un medio de defensa expedito que tiene a su alcance. Con su interposición, no se suspende el procedimiento en cuanto al fondo ni implica una interrupción de sus plazos<sup>452</sup>, así se tramitará la contestación a la demanda, se realizarán las actuaciones necesarias para recibir prueba y otros.

Teniendo en cuenta la **finalidad** del planteamiento, el Estado demandado no hace una defensa de fondo del asunto y lo que busca con esta cuestión previa es evitar que la Corte se pronuncie sobre los méritos de la controversia, denunciando la existencia de vicios de procedimiento en la acción intentada en su contra.

Los **requisitos de planteamiento** de las excepciones preliminares son de *fondo* cuando están referidos a: la exposición de hechos, fundamentación de derecho, así como las conclusiones y petitorio; los requisitos de *forma*: será la mención de documentos en los que se apoyen y el ofrecimiento de medios de prueba que se pretenda hacer valer<sup>453</sup>.

Las **clases** de excepciones preliminares no se encuentran en un listado de tipo enunciativo de ninguna norma que regula su tramitación, sino que se deja al planteamiento que sobre las mismas realice el Estado demandado y que puede tener una amplia gama de acuerdo a las situaciones que se presentan tales como: la objeción de la competencia de la Corte, el incumplimiento de requisitos de admisión de demanda, la demanda es inadmisibles —porque la acción se ha

---

<sup>451</sup> Se considerará como una aceptación (tácita) aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas, conforme establece el art. 41.a) del Reglamento de la Corte.

<sup>452</sup> Art. 42.3 del Reglamento de la Corte.

<sup>453</sup> Art. 42.2 del Reglamento de la Corte.

extinguido al haber sido plateada extemporáneamente o fuera de los tres meses de la emisión del Informe preliminar de la CIDH—, así mismo es improcedente por no haberse tramitado previamente ante la Comisión, no se han agotado ante el Estado los recursos internos, la existencia de cosa juzgada o decidida, falta de legitimidad para obrar o de personería de la Comisión, etc., etc.. De esta diversidad de excepciones, unas tienen *carácter meramente procesal y dilatorio*, pues no cortan de manera definitiva la controversia, como se daría en el caso de que la excepción fuera de falta de agotamiento de recursos internos, que de ser admitida no existiría imposibilidad alguna para que el caso regrese a conocimiento de la Corte una vez que se agoten los medios internos extrañados; otras tienen un *carácter sustantivo y perentorio*, pues tienden a poner término definitivo a la controversia, como el de la cosa juzgada, cuestiones de competencia, etc..

El planteamiento de las excepciones preliminares, se encuentra también sujeto a un **procedimiento**. Éstas al ser presentadas deben comunicarse a las partes, las que dentro del plazo de 30 días podrán hacer conocer sus escritos y alegados sobre las mismas. Cuando la Corte considere indispensable, podrá fijar una audiencia especial, después de la cual decidirá sobre las mismas<sup>454</sup>.

Las excepciones preliminares, como su mismo nombre lo indica son de previo y especial pronunciamiento o *in límine litis*, por lo que la **decisión** de la Corte se debe dar antes de pronunciarse sobre los méritos de la demanda o sobre el fondo del caso; pero de manera excepcional y cuidando el principio de economía procesal, la Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso<sup>455</sup>, es decir que de manera discrecional, pero no arbitraria. El Tribunal podrá disponer que la excepción sea examinada junto con la cuestión de fondo, postergando la decisión sobre ella. No existe un orden en el que deben considerarse las excepciones, pero se entiende que debe empezar el análisis y resolución por aquellas que de ser admitidas paralizan el procedimiento posterior, por su carácter perentorio y sustantivo, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás, tal el caso de la incompetencia declarada. La decisión final de las excepciones es definitiva e inapelable, sea que hayan sido admitidas o rechazadas, adquiriendo el efecto de cosa juzgada.

---

<sup>454</sup> Art. 42.4 y 5 del Reglamento de la Corte.

<sup>455</sup> Art. 42.6 del Reglamento de la Corte.

### II.3.2.6 Otros actos de procedimiento

Antes de la apertura del procedimiento oral, las partes podrán solicitar al Presidente la celebración de otros actos de procedimiento escrito y si se estiman pertinentes se podrá fijar los plazos para la presentación de los documentos<sup>456</sup>.

En cualquier estado de la causa, la Corte podrá ordenar la **acumulación de casos** conexos entre sí cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa; igualmente podrá ordenar que diligencias escritas u orales de varios casos —comprendida la presentación de testigos— se cumplan conjuntamente o que dos o más casos sean instruidos conjuntamente<sup>457</sup>.

Entre esos otros actos de procedimiento, están por ejemplo los informes que pueden elaborar los **amicus curie** (tienen su origen en el derecho anglosajón), éstos son personas que no son partes en el procedimiento, ni sujetos procesales ofrecidos por alguna de ellas como peritos o testigos, vienen a ser personas que al margen del interés de cualquiera de las partes, emiten su opinión a través de un informe escrito, expresando su posición u opinión en un tema, velando por el interés general, criterio con el que se colabora y apoya el trabajo de la Corte. Si bien no existe una norma que en forma expresa establezca su existencia, se entiende que la posibilidad de contar con un informe de esta naturaleza está dada en la previsión del art. 44.1 del Reglamento de la Corte, que: “El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal”. En forma reiterada el reglamento hace mención al “escrito”, de lo que se entiende que ese informe debe ser presentado físicamente durante la fase escrita, pero ello no debería obstar a que en la fase oral ese informe sea presentado verbalmente, haciéndose constar su registro, para su consideración posterior.

### II.3.2.7 Fase oral. Audiencias

La fase oral se caracteriza porque en ella los miembros de la Corte podrán tener una relación inmediata con las partes; así mismo la información que las mismas y otros sujetos (como testigos, peritos y otros) proporcionen, contribuirán

---

<sup>456</sup> Art. 43 del Reglamento de la Corte.

<sup>457</sup> Art. 30 del Reglamento de la Corte.

a la formación de una adecuada convicción en el caso, pues sus integrantes tendrán una percepción directa de los hechos y de la prueba.

El principal director en esta fase del proceso es sin duda alguna el Presidente de la Corte, quien tiene la atribución de disponer la **apertura** del proceso oral, señalando la fecha en la que se realizarán las audiencias que fueren necesarias<sup>458</sup>; si bien el Reglamento de la Corte no entra a detalles, como es la posibilidad de cambios de fechas de audiencia, se entiende que esa es una facultad emergente, que de manera discrecional podrá ser manejada, pudiendo inclusive negar ciertas solicitudes que a su criterio sean necesarias.

El procedimiento al que se sujetan las **audiencias**, se encuentra establecido en el Reglamento de la Corte, correspondiendo al Presidente de la Corte dirigir el debate, determinando el **orden de intervención**. No debe olvidarse que las partes pueden ser: el “agente” del Estado que puede actuar como demandante o demandando, los “delegados” de la Comisión que siempre actúan como demandantes, la “presunta víctima”, sus familiares o representantes que tienen una actuación autónoma pese a no tener legitimación activa ni pasiva. Entre otros sujetos procesales están: los testigos, peritos, “*amicus curie*” y toda otra persona que la Corte decida oír. Los mismos realizarán sus declaraciones orales en audiencia.

El Presidente, dispondrá de las **medidas pertinentes** para la mejor realización de las audiencias y cuidará que las preguntas que se vayan realizando sean pertinentes, dispensando responderlas cuando sean dirigidas, no admitiendo aquellas que induzcan a alguna respuesta<sup>459</sup>.

La audiencia pública será grabada, pese a ello se levantará un **acta** resumida en la que se expresará: el nombre de los jueces, de las partes y sujetos procesales que hubieran estado presentes en el acto, las declaraciones que se hubieran realizado, así como la decisión que asumió la Corte. El acta y la copia de la grabación se anexará al expediente, debiéndose entregar a las partes otra copia de la grabación a la brevedad posible<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Art. 45 del Reglamento de la Corte.

<sup>459</sup> Arts. 50.5 y 52.4 del Reglamento de la Corte.

<sup>460</sup> Se extrae del art. 55 del Reglamento de la Corte.

### II.3.2.8 *Actividad probatoria*

La **prueba** viene a ser la actividad procesal de las partes, destinada a formar convicción en los miembros de la Corte que deberán comprobar o tener certeza de los hechos aseverados como verdaderos o negados por cualquiera de las partes; esa prueba no se limita a establecer —¿quién realizó determinado tipo de violación? —, sino también los daños que se ocasionaron a quien sufrió una violación.

La oportunidad que tienen las partes para el **ofrecimiento de la prueba**, son la demanda, su contestación, en su caso, con el escrito de excepciones preliminares y su contestación, cuando se la ofrece, corresponderá a la Corte la **admisión de la prueba**; de manera excepcional se la admitirá en un momento distinto a los antes referidos, cuando se alegare fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes, obviamente cuidando el derecho a la defensa de la parte contraria o de la parte contra la que se ofrece<sup>461</sup>. Cuando el proceso se encuentra en la fase de reparaciones en su primera oportunidad, las partes deben expresar cuales son las pruebas que ofrecen respecto a ellas. En caso que la prueba se ofrezca al inicio del procedimiento o en la fase de reparaciones, será la parte demandante o la demandada la que cubrirá los gastos que ocasione<sup>462</sup>, los que no son pocos, teniendo en cuenta que la sede de la Corte se encuentra en San José de Costa Rica, donde generalmente se reciben las declaraciones de testigos, peritos u otros que son propuestos por cualquiera de ellas, aunque ello no obsta que excepcionalmente la audiencia de recepción de prueba se realice fuera de esa sede o en el Estado en el que se encuentre los testigos, etc., en cuyo caso los gastos a las partes serán menores.

Las **facultades** de la Corte en materia probatoria<sup>463</sup> destinadas a la evaluación de la prueba o su valoración, están referidas a: **a)** solicitar de oficio, toda prueba que se considere útil, requiriendo de las partes el suministro de cualquier explicación o declaración; **b)** solicitar la cooperación a los Estados en la obtención de cualquier diligencia probatoria, pidiendo información a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, no se debe olvidar que

---

<sup>461</sup> Arts. 57.2 del Reglamento de la Corte.

<sup>462</sup> Art. 60 del Reglamento de la Corte.

<sup>463</sup> Se entiende de lo establecido por el art. 58.a) del Reglamento de la Corte.



corresponde a la Corte conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados, a su vez, los Estados partes tienen la obligación de cooperar con todas aquellas comunicaciones o citaciones dirigidas a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción<sup>464</sup>; **c)** solicitar a la Comisión, cualquier petición, prueba, documento o información relativa al caso, surge la pregunta: —¿las pruebas rendidas ante la Comisión son incorporadas al expediente de la Corte? —, definitivamente sí, pero en la medida que esa prueba haya sido recibida dentro de un procedimiento contradictorio<sup>465</sup>; **d)** recibir las pruebas que le ofrezcan las partes o que las haya solicitado de oficio, oyendo a testigos, peritos u otros, cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente y; **e)** comisionar a uno o más de sus miembros a que realicen cualquier medida de instrucción (incluyendo audiencias de recepción de pruebas) en la sede o fuera de la Corte.

La **carga** de la prueba, es aquella actividad realizada por cada parte en apoyo a su pretensión. En los modelos procesales penales ordinarios de cada uno de los Estados, rige la garantía de la presunción de inocencia del demandado (imputado, demandado), por lo que la carga de la prueba se desplaza a la parte demandante, quien debe probar su pretensión; ese razonamiento puede ser aplicado en alguna medida a procesos que se tramitan ante la Corte IDH, dejando a la Comisión (que generalmente es la demandante) con el peso de la prueba con referencia a los extremos alegados en su demanda, carga que —a diferencia de un sistema penal ordinario— en alguna medida también la soporta el demandado o Estado que ha sido denunciado, que deberá probar los hechos que están en controversia, no solo respecto a la denuncia de fondo sino también en relación con el tema de la indemnización cuando corresponda.

Aunque no debería existir peso de la prueba respecto a quien niega los extremos de una demanda (solo en relación al que afirma), es tan evidente esa obligación que el Estado demandado se abstiene de actuar. La Corte de oficio impulsa el procedimiento hasta su finalización, presumiéndose como verdaderos

---

<sup>464</sup> Como se colige del art. 33 de la Convención Americana, en relación con el art. 26.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>465</sup> Art. 57.1 del Reglamento de la Corte.

únicamente aquellos elementos probatorios presentados por el demandante y respecto a los cuales el Estado demandado no ha presentado observación<sup>466</sup>.

Siendo evidente la obligación de la carga de la prueba en el demandado, esa situación no obsta a que el mismo pueda admitir en todo o en parte los extremos alegados en su contra, allanamiento a través del cual reconoce su responsabilidad internacional, pudiéndose limitar a cuestionar la calificación legal o el monto de la indemnización, situación en la que sin duda facilitará al Tribunal su actividad valorativa.

Existen diversos **medios probatorios** que pueden ser valorados en la Corte a tiempo de dictarse sentencia, o lo que es lo mismo, es amplio el margen que tiene el Tribunal para valorar los distintos tipos de prueba que pueden ser presentados por las partes o solicitados de oficio por la autoridad jurisdiccional, que se pasan a considerar.

El principal actor de la **prueba testifical** es precisamente el *testigo*, quien a propuesta de una de las partes, viene a ser una especie de invitado en la tramitación de un proceso ante la Corte IDH, para que pueda declarar sobre hechos pasados que tuvo conocimiento personalmente, a fin de que esa declaración pueda contribuir a la averiguación de la verdad y constancia de los extremos denunciados en la demanda, en cuanto a la existencia de violación de Derechos Humanos.

En la **prueba pericial**, el *perito* presta un informe verbal durante el desarrollo de las audiencias, así como de manera escrita; el mismo tiene que ser una persona cuyos conocimientos en la materia que informa sean de un alto grado de preparación y según su experiencia especializada, así como desde su perspectiva, en su opinión podrá determinar la existencia de algún hecho o aspecto vinculado a los extremos denunciados.

El Reglamento de la Corte<sup>467</sup>, de manera conjunta ha regulado la tramitación de estos dos tipos de prueba, por lo que también de forma unida, se hará referencia al procedimiento en esos dos tipos de prueba, por ser prácticamente el mismo.

---

<sup>466</sup> Este razonamiento se extrae de la previsión contenida en el art. 29.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>467</sup> Arts. 46 al 51 del Reglamento de la Corte.

Se había manifestado que en los escritos de demanda, contestación, excepciones preliminares y contestación, corresponderá a las partes ofrecer sus pruebas, individualizando los testigos y peritos, además de señalar el objeto de sus declaraciones, de similar manera, a tiempo de citar al testigo o perito, corresponderá a la Corte indicar el objeto del testimonio o peritaje, ahora bien, no todos testigos y peritos ofrecidos por las partes serán citados y escuchados en audiencia pública, sino solo los que “La Corte ... convocará a audiencia, si lo estima necesario, a quienes deban participar en ella”<sup>468</sup>, vale decir que de todos los ofrecidos, resulta discrecional para la Corte el determinar la cantidad que declararán, cuya comparecencia ante el Tribunal estará a cargo y costo de la parte que lo ofrezca. En la audiencia, ante la Corte o el Presidente, el declarante prestará juramento de decir la verdad y después se verificará su identidad, posteriormente se recibirá la correspondiente declaración. No toda declaración se realiza ante la Corte, de manera excepcional este Tribunal puede asumir que determinados testigos y peritos presten su declaración ante fedatario público<sup>469</sup>, la que se trasladará a conocimiento de las otras partes para que presten sus observaciones.

Cualquiera de las partes podrá objetar a un testigo, antes de que preste su declaración, pero ello no obsta a que la Corte reciba la misma a título informativo, en todo caso el valor de las declaraciones y su objeción, será apreciada por la Corte. A su vez, se podrá recusar a los peritos, por las mismas causales que para los jueces<sup>470</sup>, la que se planteará en el plazo de 10 días siguientes a la recepción de la lista definitiva en la cual se confirma el ofrecimiento de dicho dictamen; si el recusado contradijere la causal invocada la Corte decidirá, pudiéndose recibir la declaración, pero la apreciación de su valor lo determinará la Corte.

Debe existir una estrecha relación de cooperación y respeto entre los Estados miembros en relación con las actividades que se desarrollan en la Corte, así los Estados no podrán enjuiciar a los testigos y peritos ni ejercer represalias a sus familiares, por las declaraciones y dictámenes rendidos ante la Corte. De

---

<sup>468</sup> Art. 50.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>469</sup> Arts. 46.1 y 50.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>470</sup> Hay que recordar que a un juez —al igual que a un perito— se lo puede recusar en todos los asuntos en los que ellos o sus parientes tuvieren un interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros, abogados, miembros de un tribunal nacional o internacional, de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte, de acuerdo a lo previsto por el art. 19 del Estatuto de la Corte.

manera similar, se dan situaciones que tienen que ser apoyadas por el Estado miembro, pues la Corte no siempre tiene todas las atribuciones y facultades a su alcance, por ejemplo cuando un testigo o perito se rehusare a comparecer a declarar sin que exista un motivo legítimo alguno o el que se hubiere prestado una declaración bajo un juramento falso, en ninguno de esos casos la Corte tiene competencia para imponer las sanciones que considere convenientes, y será el Estado el que a través de la correspondiente cooperación impondrá las sanciones pertinentes, en el marco de su legislación interna.

La **prueba documental**, no podrá estar exenta de su consideración, partiendo del hecho de que *documento* es aquel objeto material que contiene cualquier producto del pensamiento humano y las partes pueden ofrecer oportunamente como prueba, sea a través de documentos públicos, privados, informes de cualquier clase, textos, normas, publicaciones diversas, libros, mapas, etc. etc.. La gama de posibilidades es amplia, al extremo que puede considerarse como prueba documental –presentadas a través de informes escritos– las que tienen otra calidad como el informe de un perito, o la declaración de un testigo.

La **inspección judicial** implica que los miembros integrantes del órgano jurisdiccional puedan tener un contacto directo con los objetos vinculados a los hechos denunciados, describiendo luego todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho, rigiendo el principio de inmediación entre los elementos materiales con la percepción que de ellos pueda tener el juzgador. Esta prueba en el procedimiento ante la Corte, no se la utiliza con mucha frecuencia, por dos razones, la primera porque los actos relativos a las pruebas, se ejecutan durante las sesiones ordinarias y extraordinarias, pero no de manera permanente; por otra parte, el traslado de uno o más miembros a la Corte para un caso concreto no se puede dar permanentemente, por el número de casos que ya conoce y por los costos económicos y de tiempo que ello implicaría.

Otra prueba necesaria es la relativa a la **prueba de indicios y presunciones**, que es aquella por la cual, por vía de deducción se pueden establecer ciertos hechos que una de las partes busca probar. Este tipo de prueba se da básicamente contra el Estado demandado<sup>471</sup>, pues se debe recordar que el

---

<sup>471</sup> Art. 41.3 del Reglamento de la Corte.

mismo tiene la obligación de declarar en la contestación a la demanda, si acepta los hechos y las pretensiones o las contradice. Si no las niega expresamente se entenderá que esos hechos son aceptados por el demandado; en el mismo sentido —dentro del plazo de la contestación a la demanda—, el demandado podrá presentar sus observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y en caso de no hacerlo así, se entiende que acepta como válidas esas solicitudes argumentos y pruebas, o lo que es lo mismo, se entiende que es verdadero aquel extremo respecto al cual el Estado demandado guarda silencio; obviamente que una sentencia difícilmente podría basar su decisión única y exclusivamente en una prueba de indicios y presunciones, pero si además existen otros elementos y medios probatorios, se considera su existencia y se valorará para llegar a una conclusión.

Reunidos los elementos probatorios, corresponderá a la Corte la **valoración de la prueba**, sobre la base de una apreciación conjunta de toda la prueba esencial producida durante el procedimiento y en su oportunidad, apreciación que se efectuará otorgando el valor pertinente a cada una de las pruebas, aplicando las reglas de la sana crítica —por no existir un sistema tasado de pruebas— y motivando las razones por las que considera darles un determinado valor a cada una de ellas, llegando a una convicción de verdad sobre todos y cada uno de los hechos alegados y controvertidos. No debe perderse de vista que se está estudiando un procedimiento que se tramita ante un tribunal internacional de protección de Derechos Humanos, no así ante un tribunal nacional que conoce un proceso penal, en el que la prueba tiene que ser contundente, y mucho más lejos de considerar una duda razonable, que puede ser valorada ante un Tribunal internacional, como lo es la Corte IDH.

### **II.3.2.9 Terminación anticipada del proceso**

Regularmente el procedimiento termina con la emisión de la sentencia, sin embargo en circunstancias especiales la terminación del proceso se acelera, sea por desistimiento, allanamiento o solución amistosa.

Existe **desistimiento** cuando la parte demandante, en cualquier parte del proceso, renuncia de la acción que ha intentado, en tal caso, esto no lo libera de la responsabilidad que puede tener por tal situación, pues aunque no está

expresamente regulado la posibilidad de costas, pueden ser establecidas por el perjuicio que se causa a la parte demandada; en cuanto al procedimiento la parte demandante puede presentar a conocimiento de la Corte un memorial por el que desiste su demanda, lo que deberá ser notificado a las otras partes para que se pronuncien al respecto, posteriormente la Corte la resolverá determinando si hay lugar al desistimiento y declarar como terminado el asunto. El desistimiento, siempre ha sido considerado como una forma de conclusión extraordinaria del proceso<sup>472</sup>.

Otra forma de terminar antes el proceso es cuando la parte demandada o Estado demandado, comunica a la Corte su **allanamiento** o reconocimiento a las pretensiones de la parte demandante o de las presuntas víctimas, caso en el que se notificará al demandante y una vez oído el mismo corresponderá resolver lo solicitado, así como sus efectos jurídicos, determinando si corresponde, las reparaciones y costas que sean pertinentes<sup>473</sup>. En el caso Trujillo Oroza, el Estado reconoció su responsabilidad internacional y las consecuencias jurídicas correspondientes, o lo que es lo mismo, admitió los hechos expuestos por la Comisión en su demanda, habiéndose expresado en Sentencia que: “La Corte reconoce que el allanamiento de Bolivia constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la CADH<sup>474</sup>; como consecuencia de ese allanamiento o reconocimiento de responsabilidad internacional de Bolivia, se procedió a pasar a la etapa de reparaciones, solicitadas por los familiares de la víctima, su representante y de la Comisión.

En caso de que exista una **solución amistosa** entre partes<sup>475</sup>, o una conciliación, también en forma anticipada y extraordinaria se termina el proceso, correspondiendo a las partes comunicar de esa situación a la Corte, pudiendo ese órgano jurisdiccional declarar terminado el asunto.

Ninguno de los tres casos señalados (desistimiento, allanamiento y solución amistosa) son definitivos para que el procedimiento termine en forma anticipada o inclusive se dé una conclusión extraordinaria. La Corte debe tener en

---

<sup>472</sup> En líneas generales, se encuentra regulado en el art. 61 del Reglamento de la Corte.

<sup>473</sup> En el marco de lo establecido por el art. 62 del Reglamento de la Corte.

<sup>474</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 26 de enero de 2000, párrafo 42.

<sup>475</sup> Art. 63 del Reglamento de la Corte.

cuenta que se protegen Derechos Humanos, razón por la cual podrá decidir que se prosiga con el caso<sup>476</sup>.

### II.3.2.10 *Sentencia de fondo*

Sentencia, proviene del latín *sentiendo*, expresa el sentir del juzgador, que tratándose de tribunales colegiados implica la decisión de fondo que sobre una determinada denuncia tienen los miembros del órgano jurisdiccional, como lo es la Corte IDH. Es una forma de conclusión ordinaria del proceso que resuelve los extremos sometidos a denuncia y consideración, que se caracteriza por tener un razonamiento motivado de todos los aspectos fácticos y jurídicos que hacen a la decisión final y que justifican el porqué de la misma, de tal manera que las partes puedan tener conocimiento de las razones que ha llevado al juez o tribunal competente para asumir determinada posición.

En cuanto a la **estructura** de la Sentencia, la misma contendrá en la parte inicial identificación de las partes y sus representantes, así como un detalle de los jueces que han intervenido en su emisión, del Secretario y de su adjunto. En la introducción de la causa se hace una mención sucinta de la demanda y de lo que se pide. Necesariamente se hace una mención de la competencia, teniendo en cuenta que las sentencias y resoluciones que pongan término al proceso son de competencia exclusiva de la Corte. También se hace una relación de los actos de procedimiento ante la Comisión y la Corte, a lo largo de toda esa relación se van determinando los hechos que han ido sucediendo, a fin de establecer en un momento posterior si esos hechos constituyen o no una violación a la Convención que llevan a una adecuada fundamentación de derecho, hechos y derecho que se mencionan en las conclusiones de las partes, sobre cuya base se pronunciará la decisión del caso. Se mencionará —de así proceder—, sobre reparaciones y costas, es decir determinando las consecuencias jurídicas que derivan de una violación a la Convención y el resultado de la votación. Las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y Secretario y sellada por éste. Los originales de la sentencia quedarán depositados en los

---

<sup>476</sup> Art. 64 del Reglamento de la Corte.

archivos de la Corte, expidiéndose copias certificadas a las partes, a la Secretaría General de la OEA o a otras personas que lo soliciten<sup>477</sup>.

El fallo deberá ser proyectado por un juez que hace las veces de relator, pero una vez aprobado el proyecto pasará a tener la forma de Sentencia definitiva, que expresará los **votos razonados** de los jueces, o la opinión unánime y motivada de los mismos, razonamiento y votaciones que deberán permanecer en secreto hasta que no se haya notificado con la sentencia a las partes. Dichas sentencias deben ser firmadas por todos o la mayoría de los jueces y Secretario. El hecho de que exista un voto concurrente, no obsta a que ese juez pueda unir a la sentencia su voto razonado, con mayor razón si se trata de un voto disidente o individual, en cuyo caso también deberá expresar sus propios fundamentos. Todos los votos razonados (concurrentes o disidentes) deben ser suscritos por los respectivos jueces que los sustentan y por el Secretario, además tendrán que ser de conocimiento de los otros jueces —antes de la notificación a las partes— y se referirán solo a lo tratado en la sentencia<sup>478</sup>.

Otro aspecto vinculado a la decisión final es la **oportunidad de la determinación** de la reparación e indemnización por los daños (inmateriales y materiales), así como pago por costas. Por regla general, las reparaciones deberán establecerse en la sentencia de fondo, sin embargo esta situación no siempre es fácil, pues durante el procedimiento sobre el fondo, las partes centran sus esfuerzos en establecer de que existió o no la vulneración denunciada y no de determinar el monto del daño causado, por esa razón al momento de la sentencia no existe mayores elementos probatorios que lleven a la Corte a determinar las medidas para reparar la ilegalidad, o los montos para fijar la indemnización y costas.

Cuando no se ha fijado ese alcance en la sentencia de fondo, eso no obsta a que en forma posterior esas medidas sean establecidas en la propia Corte, que será la que determine el procedimiento<sup>479</sup>, pues lamentablemente en esta materia no existe una regulación precisa y mucho menos completa. El procedimiento se inicia con la presentación de un escrito por la Comisión, en la que se solicita el pago de las reparaciones, oportunidad en la que deberá ofrecer la prueba con la

---

<sup>477</sup> Así se entiende de lo establecido por los arts. 65 y 67 del Reglamento de la Corte.

<sup>478</sup> Se extrae del art. 66 de la Convención Americana, en relación con los arts. 65.2 y 67.4 del Reglamento de la Corte.

<sup>479</sup> Se entiende de lo establecido por el art. 66.1 del Reglamento de la Corte.



que se buscará acreditar los daños ocasionados. De manera similar, las víctimas, familiares o sus representantes pueden presentar otro memorial avalando el monto solicitado o inclusive sumas mayores y/o menores, en la forma que considere pertinente. Dichos memoriales se harán conocer al Estado demandado, a efecto que indique su posición al respecto, abriéndose un término de prueba, señalando audiencias y otros, para llegar a una adecuada convicción.

En el caso Trujillo Oroza, antes mencionado, en forma posterior a la Sentencia de fondo de 26 de enero de 2000, se emitió la Sentencia de reparaciones de 27 de febrero de 2002, es decir después de haberse tramitado todo un procedimiento, en el que existió audiencias públicas sobre reparaciones, pruebas y otros.

De manera excepcional podría darse el supuesto de que la determinación de la reparación y monto de indemnización sea acordado por las partes, en cuyo caso corresponderá a la Corte verificar si ese acuerdo es conforme a la Convención<sup>480</sup>.

La sentencia de fondo no es meramente declarativa –pues no se limita a establecer los hechos relacionándolos con el derecho para llegar a la conclusión de que ha existido una violación a la Convención–, sino que en ese caso tendrá que establecer las consecuencias jurídicas del fallo, o lo que es lo mismo, determinar la **responsabilidad estatal**<sup>481</sup>, pronunciándose sobre las reparaciones correspondientes y el pago de una justa indemnización. Existe cierta confusión entre lo que es la reparación con la indemnización, así se dice que se debe reparar por los efectos de la vulneración e indemnizar a la parte que ha sido lesionada; pero ambas –reparación e indemnización– tienen la misma finalidad, la cual es restablecer el derecho que ha sido conculcado, aunque puede afirmarse que entre la primera y segunda existe una relación de género a especie.

Si los hechos denunciados constituyen una violación a los derechos protegidos por la Convención, en sentencia se dispondrá la **reparación** de las consecuencias de la medida o situación que implica la vulneración, o lo que es lo mismo, se debe indicar al Estado que es lo que debe hacer para restablecer el orden jurídico que se infringió.

---

<sup>480</sup> Art. 57.2 del Reglamento de la Corte.

<sup>481</sup> Art. 63.1 de la Convención Americana y art. 65.h y 66 del Reglamento de la Corte.

En la reparación, la Corte debe indicar las medidas que corresponde adoptar al Estado demandado, destinadas a eliminar las consecuencias que trajo a la persona que ha sido afectada por la vulneración de su derecho, tales como: **a)** el restablecimiento de la situación anterior o restitución de la situación jurídica infringida; por ejemplo: garantizando a la persona, de ser posible, el goce de su derecho o libertad conculcada, pues cuando la persona ya no existe, ese tipo de reparación es materialmente imposible, ya que no se puede dar libertad a quien no tiene vida, caso en el que se dispondrá otro tipo de reparaciones a los familiares o representantes de la víctima<sup>482</sup>; **b)** la reivindicación de la memoria de la víctima; **c)** compromiso de que hechos de esa naturaleza no vuelvan a ocurrir, o lo que se conoce como la garantía de no repetición de los hechos que dieron causa a la demanda; **d)** determinar la obligación del Estado de investigar los hechos que la originaron y castigar a los responsables; **e)** la adecuación de la normativa interna a lo dispuesto por la Convención.

A todas esas medidas u otras, que tienen un carácter general y ético –destinadas a reparar las consecuencias de la infracción que se produjo–, se debe añadir o agregar otras medidas de carácter especial y monetario o pecuniario, referidas al pago de una **indemnización** como compensación por los daños extra-patrimoniales y patrimoniales, o lo que también se ha conocido como daños inmateriales y materiales, que no deben ser fijados de manera discrecional sino en función de la conculcación de los Derechos Humanos (vida, libertad, dignidad, integridad, intimidad, etc.), además debe ser lo suficientemente razonable para compensar los daños causados (morales o materiales).

Los daños que se producen por la violación de un derecho humano, indudablemente son irreparables en el sentido técnico del término, por ejemplo cuando una persona sufrió una tortura, el daño ya está hecho pues nadie le quitará los tormentos ni dolores que tuvo que pasar, más aún si se trata de una vida que ha sido acabada, o de una prisión injusta e ilegal donde además de las secuelas psicológicas y físicas ha quedado mellada o disminuida la dignidad humana. En fin, mencionar la cantidad de lesiones y daños irreparables sería de

---

<sup>482</sup> Aunque la víctima no es parte en el procedimiento, sin embargo juega un papel y un rol preponderante, pues la misma en forma directa y en su caso, a través de sus familiares o representantes, podrán tener una participación autónoma y activa ante la Corte, presentando memoriales, alegados, participando de audiencias y otros, para la decisión en cuanto a la reparación e indemnización.

nunca terminar, pero para compensar en algo esas situaciones injustas e ilegales, se tiene el desarrollo de los *daños inmatrimoniales o morales* producto o resultado de la humillación que recibe la víctima o sus familiares, daños cuyos efectos no tienen un carácter patrimonial, es decir que no son evaluables monetaria o económicamente, pero se compensan con una determinada suma de dinero porque no existe otra alternativa, además se llevan a cabo las medidas necesarias para el restablecimiento de la dignidad, de las aspiraciones o de la memoria de la víctima.

En relación con los *daños materiales* la víctima o sus familiares deberán acreditar que actividades han sufrido un menoscabo, sean éstas familiares, laborales, educativas, comerciales, industriales o de cualquier otra naturaleza, debiendo la Corte determinar si ha existido alguna o las dos formas de daños, referidas al daño emergente y lucro cesante, desde una perspectiva Civil. Hay “daño emergente” cuando hay: “detrimento o destrucción de los bienes”<sup>483</sup>, lo que implica que existe una disminución en el patrimonio de una persona, sea porque se ha destruido sus bienes, o porque se incurrió en cierto tipo de gastos (para recuperación de salud —física o psicológica—, destinado a encontrar un cadáver, etc.); en la disminución patrimonial también existe otra forma de pérdida de ingresos, que es lo que se conoce como el “lucro cesante” que significa: “Lo que una persona deja de ganar, o ganancia de que se ve privada”<sup>484</sup>, es decir lo que se dejó de percibir, como efecto del incumplimiento de la obligación de respetar los derechos o de una vulneración de un derecho humano consagrado en la CADH, por ejemplo lo que se dejó de cancelar a quien tenía que recibir un pago o remuneración.

La sentencia de fondo que establece la responsabilidad del Estado, bien puede disponer las reparaciones que sean necesarias, así como la indemnización que crea pertinente, o en su caso en forma posterior en una sentencia de reparaciones. En relación con casos contenciosos bolivianos, la Corte emitió Sentencias en contra de Bolivia que son de fondo, reparaciones y costas<sup>485</sup>, a

---

<sup>483</sup> Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1988, p. 271.

<sup>484</sup> Manuel Osorio: *Diccionario ...*, p. 588.

<sup>485</sup> Resultan importantes dos Sentencias, tal la del Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191. Asimismo se tiene otra Sentencia que se pronunció en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

diferencia de otro caso en el que se pronunció en forma separada la sentencia de fondo en relación con las de reparaciones y costas<sup>486</sup>.

En aquella situación de encontrarse responsabilidad en el Estado también tendrá que disponerse el pago de **costas y gastos**, que si bien no se encuentran regulados en forma expresa en norma alguna, se entiende que se desprenden de los alcances del art. 63.1 de la CADH, cuando regula que se "... reparen las consecuencias ...", reparación que en su término más amplio no solo comprende indemnización por daños, sino también el pago de costas y gastos.

Las costas son: "Gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un procedimiento judicial"<sup>487</sup>, vinculados principalmente al pago de honorarios profesionales, así como otro tipo de gastos, máxime si se tiene en cuenta que la víctima o sus familiares pueden ser miembros de cualquier Estado parte y la Corte tiene su sede en Costa Rica, lo que implica atención profesional no solo a nivel interno sino también ante los organismos internacionales de protección, así como gastos de envío de memoriales, comunicaciones, costos de traslado y estadía para la declaración de testigos y peritos en las audiencias señaladas, etc. etc.; si no existiera esa posibilidad final, probablemente la jurisdicción ante la Corte no se activaría porque resultaría exclusiva para quienes tengan recursos económicos para incurrir en semejantes gastos, por esa razón y con la finalidad de hacer accesible a todos esa protección, es que se reconoce ese pago (racional y equitativo) a favor de la víctima o de sus familiares, que han logrado protección por haber acreditado vulneración a sus Derechos Humanos.

La pregunta podría hacerse en sentido de que –¿la Comisión puede pedir al Estado demandado el pago de costas en caso de que se haya declarado probada la demanda?, –se entiende que no, puesto que dentro de la estructura de protección regional, se estableció una Comisión y una Corte como órganos a través de los cuales se otorga la protección y que en todo caso, están sustentados económicamente de acuerdo al presupuesto que la OEA ha dispuesto para su funcionamiento, no pudiendo por ello la Comisión, ser beneficiaria del pago de costa alguna. Ahora bien, también podría darse el caso de que la demanda haya sido declarada improbadamente, o que no se han encontrado

---

<sup>486</sup> Tal las referidas Sentencias en el Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 26 de enero de 2000, Serie C No. 64 y Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92.

<sup>487</sup> Manuel Osorio: *Diccionario ...*, p. 251.

ciertos los extremos denunciados como violación a derechos, en ese caso también se entiende que el Estado demandado, tampoco tiene derecho al pago de costas por varias razones: primero, porque ese es un beneficio y un derecho para el que ha sido perjudicado y no para un Estado demandado; segundo, es obligación de cada uno de los Estados miembros, otorgar protección de los Derechos Humanos, por lo que tienen que asumir cierto costo para el cumplimiento de esa obligación ineludible; tercero, en el presupuesto interno de cada Estado miembro, se establecen los medios para viabilizar las demandas en su contra, a fin de que sean tramitadas en el marco legal aplicable.

### II.3.2.11 *Recursos*

Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación, por lo que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable<sup>488</sup>; si por el término recurso se entiende como: "...el medio que la ley concede a las partes para impugnar una determinada resolución que se dicta como emergencia de un juicio o proceso"<sup>489</sup>, parecería que en el SIDH no existe posibilidad de impugnación o de plantear ningún reclamo contra una decisión, pero eso no es así como se expone a continuación.

En primer lugar debe diferenciarse las resoluciones definitivas y sentencias que dicta la Corte; en relación aquellas resoluciones —que no son de mero trámite— que puede emitir las el Presidente de la Corte, cuando el tribunal colegiado no se encuentra reunido. En este último caso, la resolución pronunciada por el Presidente es recurrible ante la Corte<sup>490</sup>, vale decir que se encuentra establecida la posibilidad de un **recurso de anulación**, pues el fallo dictado por el Presidente, puede ser cuestionado ante la Corte, la que podrá cambiar el sentido o el alcance de la misma o dejar sin efecto esa decisión.

Otra situación se da en relación con los fallos (resoluciones y sentencias que pongan término al proceso) emitidos por la Corte, en cuyo caso si bien se abre la posibilidad de cuestionar a los mismos, no en el sentido de que se deje sin

---

<sup>488</sup> Art. 31.3 del Reglamento de la Corte, en relación con la primera parte del art. 67.1 de la Convención Americana.

<sup>489</sup> Manuel Osorio: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1988, p. 842.

<sup>490</sup> Art. 31.2 del Reglamento de la Corte.

efecto —pues el fallo es definitivo e inapelable—, sin embargo, ello no obsta ni impide a las partes plantear un **recurso de interpretación**<sup>491</sup>, a fin de que el órgano emisor pueda aclarar el sentido o el alcance del fallo, disipando cualquier duda que pueda surgir para su aplicación.

El recurso de interpretación **procede** contra las sentencias de fondo o de reparaciones, es decir que no se puede plantear contra otro tipo de decisiones, por ejemplo, las resoluciones referidas al planteamiento de excepciones preliminares, medidas provisionales u otras.

Como **requisito de forma** del recurso, es que en el mismo se señale, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o el alcance de la sentencia cuya interpretación se pide, cuestiones que deben estar estrechamente ligadas a los puntos resolutivos o los aspectos vinculados; solo así la Corte podrá cumplir con su finalidad, pues conocerá la duda que tiene la parte y sobre esa base interpretará el sentido y el alcance del fallo.

La demanda deberá ser presentada por quienes tienen **legitimación activa** que son cualquiera de las partes del proceso, es decir por la CIDH o el Estado demandado, pero también está establecida la posibilidad de que lo haga la víctima o sus familiares, que *strictu sensu* no son partes, pero tienen una participación autónoma y activa.

En cuanto al **procedimiento**, lo determinará la Corte; el legitimado activo presentará su recurso ante la Secretaría de la Corte, quien comunicará de la demanda de interpretación a las partes en el caso, invitándoles a presentar alegaciones que estime pertinentes, en el plazo fijado por el Presidente; debe aclararse que la presentación de éste recurso no suspende la ejecución de la sentencia.

Este recurso lo resolverá la Corte a través de una **sentencia**, en la que realizará el examen de la demanda de interpretación, sentencia que de ser posible la dictará con la misma composición —que sentencia de fondo y/o de reparaciones u otra resolución— que tenía la Corte para dictar la decisión de fondo y de reparación.

---

<sup>491</sup> Art. 67 de la Convención Americana y art. 68.1 del Reglamento de la Corte.

### II.3.3 Procedimiento para opiniones consultivas

Entre el ejercicio de las competencias que tiene la Corte IDH, están las llamadas “opiniones consultivas”, cuyo ejercicio se atribuye en el art. 64 N° 1 y N° 2 de la CADH<sup>492</sup>, denominación que probablemente no sea la más afortunada, en cuanto las mal llamadas “opiniones” emanan de un órgano competente, cuya determinación en el tema, tiene un evidente efecto vinculante o de carácter obligatorio, que deriva de la propia CADH.

La Opinión Consultiva implica la existencia de un procedimiento judicial alternativo, a través del cual la Corte desarrolla la interpretación especializada de las normas de la Convención y de otros tratados sobre derechos humanos, así como de la legislación interna de los Estados partes, respecto a su compatibilidad con las normas de la Convención; tiene por finalidad el de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados partes.

El concepto de “otros tratados” ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de la Corte IDH, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en cualquier Tratado Internacional aplicable a los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, y sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados partes del SIDH, o bien Estados ajenos al mismo<sup>493</sup>.

De otro lado, cabe señalar que los Estados miembros de la OEA pueden solicitar opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y las Declaraciones, convenciones o tratados Internacionales sobre derechos humanos; de lo que se colige que la competencia consultiva de la Corte IDH es amplia, calificándose como: “única en el derecho internacional

---

<sup>492</sup> Según las cuales, los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

<sup>493</sup> Opinión Consultiva N° OC 1/82 de 24 de septiembre de 1982.

contemporáneo<sup>494</sup>; en la misma decisión se ha establece la caracterización de la Opinión Consultiva, que ha sido entendida por la propia Corte IDH como aquella:

“ ... en la tarea consultiva no hay partes pues no existen demandados, ya que en esta actividad se busca una interpretación y no una condena, por ende la Corte no está obligada a resolver primero su competencia y luego el fondo. Desde esa perspectiva, convengamos que los Estados no son llamados a defenderse, pues en verdad no resultan denunciados, aunque este tipo de jurisdicción puede afectar ciertos intereses de ellos. ... La palabra caso solamente se utilizada para la contenciosa. También varía, la legitimación activa; no obstante los requisitos de la contenciosa se extiende a la consultiva<sup>495</sup> .

El ejercicio de la competencia consultiva puede ser solicitado por cualquiera de los órganos principales de la OEA y por cualquier Estado miembro de la Organización, lo que significa que no es requisito para la admisión de la solicitud el que el Estado hubiese adherido y ratificado la CADH; empero cuando la solicitud esté dirigida a obtener una opinión consultiva sobre la compatibilidad de la legislación interna con las normas de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, la legitimación activa se restringe a los Estados partes de la Convención.

En cuanto a la naturaleza de la competencia consultiva, existen algunas dudas doctrinales sobre si es una tarea jurisdiccional o no. Un sector de la doctrina considera que no lo es en esencia; en cambio otro sector considera que es una labor jurisdiccional. Esta última corriente está representada, entre otros, por el jurista Rodolfo E. Piza Escalante, quién en su trabajo; “La Jurisdicción Contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos”, afirma que la competencia consultiva es también jurisdiccional, sólo que entonces ocupándolas opiniones consultivas el lugar de las sentencias, y los procedimientos de consulta el del proceso. La posición de la última corriente, probablemente sea la más apropiada, en cuanto debe tenerse en cuenta que jurisdicción significa la suma de potestades generales para resolver los casos que se someten al conocimiento del órgano judicial, al conocer una consulta sometida a su conocimiento, la Corte desarrolla una actividad propiamente jurisdiccional sometida a un procedimiento, si bien no está llamada a resolver las cuestiones fácticas, empero si a emitir su parecer sobre la interpretación de una norma jurídica.

---

<sup>494</sup> Opinión Consultiva N° OC 3/83 de 8 de septiembre.

<sup>495</sup> Cit. supra.



## II.4. REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Los derechos humanos derivan de la idea de la dignidad del hombre, concepción universal aceptada por todas las civilizaciones y culturas del mundo, que ha motivado la existencia de sistemas universales internacionales de protección de los derechos humanos a través de las Naciones Unidas; pero ese sistema universal no impide la existencia de organismos de carácter regional (americano, europeo y africano); en el caso de América, la protección de los derechos humanos en la OEA<sup>496</sup>, se da a través de organismos interamericanos, como son la CIDH y la Corte IDH. Esos sistemas universal y regional, coexisten con el sistema de protección de los derechos humanos de carácter nacional, que resulta de la aplicación del orden jurídico interno y también del internacional.

Esa interacción de sistemas permite afirmar que, en materia de derechos humanos coexisten la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional, lo que implica que a nivel nacional no pueda recurrirse al principio de soberanía o de no intervención para evitar el ejercicio y protección de los derechos humanos, a través de las formas establecidas en el derecho internacional, que se expresan en lo regulado por tratados y convenciones de la materia.

Como se desarrolló ampliamente, el SIDH se basa en la DADH, adoptada en 1948 y en la CADH, que entró en vigencia en 1978. De acuerdo a la Carta de la OEA, todos los países miembros -35-<sup>497</sup>, están sujetos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; sin embargo de ello, no todos

---

<sup>496</sup> La Organización de los Estados Americanos (OEA) reúne a los países del hemisferio occidental para fortalecer la cooperación mutua en torno a los valores de la democracia, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región y el mundo. Es el principal foro multilateral de la región para el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos como la pobreza, el terrorismo, las drogas y la corrupción. Juega un papel central en el cumplimiento de los mandatos establecidos para la región a través del proceso de Cumbres de las Américas. Disponible en: [http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue\\_Detail.asp?kis\\_sec=20](http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue_Detail.asp?kis_sec=20).

<sup>497</sup> Como se manifestó, son 35 los Estados miembros, entre ellos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Bélize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, participan activamente sólo 32 países, no solo porque Cuba desde 1962 se encuentra suspendida o está excluida de participar, por Resolución de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de ese año; sino porque se ha producido una doble denuncia a la CADH por 2 Estados: Trinidad y Tobago, así como Venezuela.

los países miembros de la OEA están sometidos a la CADH<sup>498</sup>, sino sólo los que la han ratificado que son una mayoría<sup>499</sup>. Lamentablemente desde que entro en vigencia la CADH y fue ratificada por algunos países, dos de ellos la han denunciado como sucedió en mayo de 1999 por Trinidad y Tobago, asimismo el 06 de septiembre de 2012 la denunció Venezuela, con vigencia a partir del año siguiente -1° de agosto de 2013-.<sup>500</sup>

Es necesario dejar sentado que la denuncia de ambos Estados, no imposibilita que la Corte IDH siga conociendo peticiones que aleguen el incumplimiento de la CADH por hechos ocurridos antes de que la denuncia se hiciera efectiva (particularmente en el caso de Venezuela, cuya denuncia es relativamente reciente), asimismo cualquier otra violación a los derechos humanos que hubiera sucedido en dichos países en forma posterior a la vigencia de las denuncias de la CADH si bien no podrán ser conocidas por la Corte IDH, sin embargo estarán bajo la protección de la CIDH, aunque obviamente en el marco de la DADH, la Carta de la OEA y de aquellos instrumentos interamericanos que permanecen vigentes para Trinidad Tobago y Venezuela<sup>501</sup>. En cuanto a la denuncia de Venezuela, la CIDH le exhorta: “a revisar su decisión, que elimina para las personas de dicho país la posibilidad de un mecanismo de

---

<sup>498</sup> Entre los países que no han ratificado la Convención se encuentran: Estados Unidos, Canadá y países Caribeños. Héctor Gros Espiell: “Una Reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los derechos humanos”. *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, coordinadores Bidart Campos-Pizzolo T. I., Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, p. 21, manifestó que: “El sistema Interamericano ... basado en la convención americana (Pacto de San José) debería incluir a Estados Unidos y Canadá y países Caribeños -que son miembros de la OEA- pero no los incluye, en virtud de que no son partes de la Convención Americana”.

<sup>499</sup> Entre los países que han ratificado la Convención, están: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Dato disponible en: [http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue\\_Detail.asp?kis\\_sec=2](http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue_Detail.asp?kis_sec=2). No se debe olvidar que el 06 de septiembre de 2012, Venezuela denunció la Convención Americana, lo que entrará en vigor pasado el año de la denuncia.

<sup>500</sup> Denuncia de Trinidad y Tobago verla en Comunicado de prensa de la CIDH N° 10/98; asimismo la denuncia de Venezuela se encuentra contenida en Comunicado de prensa de la CIDH N° 64/13; ambos comunicados se encuentran disponibles en on line: [www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1998/Comunicados.10-14.htm](http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1998/Comunicados.10-14.htm).

<sup>501</sup> Con relación a la denuncia de Venezuela, debe tenerse en cuenta la posición de la CIDH, que manifestó: “una vez que la denuncia de la Convención entre en vigor en el plazo de un año, Venezuela, como Estado miembro de la OEA, seguirá sujeto a la jurisdicción de la Comisión y a las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la Declaración Americana”, sin embargo a partir de dicha vigencia: “las violaciones a los derechos humanos que pudieran ocurrir en Venezuela no podrán ser conocidas por la Corte IDH”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>.

defensa para proteger sus derechos humanos, y limita los recursos disponibles para estos efectos”<sup>502</sup>.

En consecuencia, se tiene que los Estados no partes de la CADH, poseen el deber de respetar los derechos humanos enunciados en la DADH y, el órgano de control respecto a los mismos es la CIDH, que en la Carta de la OEA<sup>503</sup> ha sido establecida como un órgano encargado de promover la observancia y defensa de los derechos (sin perjuicio de la competencia que tiene ese mismo órgano en relación con los Estados partes en la Convención). Los Estados partes de la Convención o los que la han ratificado, deben aplicar y respetar los derechos humanos reconocidos no sólo en la DADH, sino también en la CADH, que creó la Corte IDH, que es “un órgano de la Convención ya que a diferencia de la CIDH, no está instalada en la Carta de la OEA”<sup>504</sup> y como expresó la propia Corte, es una institución judicial del SIDH<sup>505</sup>, que si bien no está expresamente contemplada en la Carta de la OEA -como la Comisión-, se trata de un ente que según ese documento puede ser creado<sup>506</sup>.

La CIDH tiene competencias en relación con todos los Estados miembros de la OEA, dirigidas a la promoción de los derechos humanos, formulando recomendaciones, asesoramiento a los Estados, visitas a diferentes países y elaboración de “informes especiales” sobre la situación de los derechos humanos, rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA<sup>507</sup>. A su vez, la Comisión, tiene competencias vinculadas única y exclusivamente con referencia a los Estados partes de la Convención como es examinar las peticiones individuales que alegan violaciones de un Estado de un derecho protegido, caso en el que intentan una “solución amistosa”, que de no producirse, motiva a una recomendación al Estado de las medidas que debe asumir para remediar la violación, pero en el caso de que no siga lo recomendado, puede hacer público su

---

<sup>502</sup> Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 2013 (on line: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp>)

<sup>503</sup> Art. 106 de la Carta de la OEA, suscrita en 1948.

<sup>504</sup> Juan Carlos Hitters: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”. *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Macgregor, T II, Ed. Porrúa S.A., México D.F. México, 2001, p. 1653.

<sup>505</sup> Opinión Consultiva – OC 1782 de 24 de septiembre de 1982, Serie A: Fallos y Opiniones, núm. 1, párr.. 19.

<sup>506</sup> Según asevera Héctor Gros Espiell: El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana ..., p. 68, al hacer referencia a los arts. arts. 52 párrafo final, e inciso segundo del art.111de la Carta de la OEA.

<sup>507</sup> Art. 41 incs. a, b, c, d, e y g de la Convención Americana.

“informe” o inclusive remitir el caso a la Corte IDH, remisión que sólo se dará en caso de que el Estado haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte<sup>508</sup>, pues no todos los países han ratificado la convención han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte<sup>509</sup>.

La Corte IDH tiene competencias en relación con todos los Estados miembros de la OEA, cuando ejerce funciones consultivas al interpretar la CADH o de otros tratados sobre derechos humanos o su compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales<sup>510</sup>, a partir del ejercicio se esa competencia consultiva, no puede comprenderse ni aplicarse hoy la CADH, sin conocer ni tener en cuenta lo que la Corte dijo respecto de a sus normas, a través de sus “opiniones consultivas”. A su vez, la Corte, tiene competencia contenciosa vinculada a los Estados partes de la Convención, que de manera expresa han reconocido su competencia contenciosa, emitiendo sus “sentencias”, en las que establecen si existe o no responsabilidad en vulneración de derechos humanos, por los Estados partes denunciados por la Comisión o por otros Estados partes; las sentencias emitidas por la Corte IDH, se constituyen en decisiones finales, definitivas e inapelables, de cumplimiento obligatorio por todos los Estados involucrados; existen otras que establecen el monto y la forma de indemnización o de pago que debe realizar un Estado en caso de condena, o las que ordenan medidas precautorias para evitar un daño irreparable.

En todo caso, la acción de la Corte “a través de las dos vertientes de su competencia (la consultiva y la contenciosa), constituye hoy la mejor expresión de los avances jurídicos del sistema regional americano de protección internacional

---

<sup>508</sup> Los países que han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Disponible en: [http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue\\_Detail.asp?kis\\_sec=2](http://www.oas.org/key%5Fissues/spa/KeyIssue_Detail.asp?kis_sec=2). La denuncia a la Convención Americana, realizada por Venezuela en septiembre de 2012, a partir de su vigencia traerá como consecuencia, la no aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte; sin embargo, en caso de que el procedimiento de denuncia de la Convención llegue a término: “la Comisión continuará con el procesamiento de peticiones y de solicitudes de medidas cautelares relativas a Venezuela, así como con la supervisión de la situación de derechos humanos en ese país, en base al Artículo 106 de la Carta de la OEA y la Declaración Americana.”, como manifestó la CIDH en su Comunicado de Prensa de 12 de septiembre de 2012, antes referido.

<sup>509</sup> Art. 40 inc. f), 44 al 51 de la Convención Americana.

<sup>510</sup> Art. 64 de la Convención Americana.

de los Derechos Humanos”<sup>511</sup>, aunque se manifestó que por esa jurisdicción contenciosa, la Corte IDH: “se mueve en un espacio más reducido que el de la CIDH, cuyas funciones pueden alcanzar, en virtud de la Carta de la OEA, a todos los países que forman parte de ésta aunque no sean parte de la Convención mencionada”<sup>512</sup>.

Al existir competencias de la Comisión y de la Corte, diferenciadas en relación con los países que forman parte de la OEA pero que no han ratificado la CADH, con referencia a los que si la han ratificado y los que ratificándola no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, se ha afirmado que: “el sistema regional se halla permanentemente desintegrado, o dicho de otra manera, pendiente de integración en el tema sustantivo: los derechos humanos”<sup>513</sup>, de ahí el carácter triple en el SIDH, que se sustenta en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la CADH, pero como todavía no son partes de la Convención todos los Estados Americanos, es necesario tener en cuenta lo regulado en los Estatutos y Reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH.

Lamentablemente hasta la fecha, no se ha logrado que se cumplan con los denominados prerrequisitos esenciales del progreso real en el SIDH, que se expresarían en los siguientes:

“a) la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por todos los Estados miembros de la OEA, o adhesión a la misma; b) la aceptación (integral y sin restricciones) por todos los Estados miembros de la OEA, de la jurisdicción obligatoria - automática - de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y c) la incorporación de la normativa sustantiva (atinente a los derechos protegidos) de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Partes”<sup>514</sup>.

La inexistencia de una ratificación de la CADH por todos los Estados miembros de la OEA, la no aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH por algunos Estados que han ratificado la Convención (aceptación parcial o con restricciones) y la normatividad internacional que no ha llegado a incorporarse de manera plena en el derecho interno de todos los Estados miembros de la OEA,

---

<sup>511</sup> Héctor Gros Espiell: “Una Reflexión ...”, cit. p. 32.

<sup>512</sup> Sergio García Ramírez: “El Futuro ...”, cit. p. 1594.

<sup>513</sup> Sergio García Ramírez: “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Macgregor, T II, Ed. Porrúa S.A., México D.F. México, 2001, p. 1594.

<sup>514</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional” en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. UNHCR, San José, Costa Rica, 2003, p. 97.

evidencian el fraccionamiento del SIDH. De ahí que la CIDH, al adoptar su Plan Estratégico para el período 2011-2015 identificó que la aceptación universal de los tratados de derechos humanos resulta ser uno de los principales desafíos del SIDH, señalando que:

“en la región existe, actualmente, un sistema interamericano con tres niveles de adhesión: uno universal y mínimo para todos los Estados miembros cuyos habitantes gozan de la protección de los derechos reconocidos en la Declaración Americana y la Carta de la OEA bajo la supervisión por parte de la Comisión Interamericana; un segundo sistema para los Estados miembros que han ratificado la Convención Americana pero no han aceptado la competencia de la Corte; y un tercero para aquéllos que han ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte. Este sistema coloca a millones de personas en una situación de desventaja en cuanto al grado de protección internacional de sus derechos ... (siendo uno de sus objetivos prioritarios de la CIDH para el quinquenio 2011-2015) la promoción de la observancia de los derechos humanos, el conocimiento del sistema, y la universalización de los instrumentos regionales en la materia”<sup>515</sup>.

En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos en América, se encuentra regulado en los instrumentos jurídicos internacionales, que están integrados en el ordenamiento interno de cada Estado, que son aplicados por los órganos de protección del Sistema (Comisión y Corte) de distinta manera; así tratándose de los Estados que no han ratificado la CADH<sup>516</sup> o que ratificándola no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se tiene a la Comisión IDH como el único órgano de protección de los derechos humanos, que en el marco normativo correspondiente (Carta de la OEA y DADH, o esos instrumentos y la CADH, respectivamente), va dando soluciones amistosas, resolviendo el fondo de denuncias, dictando medidas cautelares, realizando visitas *in loco*, ejerciendo actividades a través de diversas relatorías (libertad de expresión, mujeres, indígenas, trabajadores migratorios, etc.); obviamente que esas actividades de la Comisión IDH, también se ejercitan con relación aquellos Estados que han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (dentro del alcance de la Carta de la OEA, DADH y CADH).

Por todo lo que la Comisión IDH tiene un mandato y un campo de acción más amplio que el de la Corte IDH, lo que permite afirmar que dicho órgano no jurisdiccional, tiene un papel trascendental dentro del SIDH, no solo porque viene trabajando con mucho éxito a través de sus diversas Relatorías (mujeres, libertad de expresión, trabajadores migrantes, indígenas, etc.), sino también porque es el

---

<sup>515</sup> CIDH, Plan Estratégico 2011-2015, Parte I, pp. 36 y 41.

<sup>516</sup> Cuba, Estados Unidos, Canadá, muchas islas del Caribe.

único órgano de protección con relación algunos Estados que forman parte de la OEA, pero que no han ratificado la CADH.

De ahí que sea la misma CIDH la que reconozca que: “la efectividad del SIDH depende de la ratificación universal de los tratados de derechos humanos, (pues) a la fecha de publicación del presente Informe Anual (23 de abril de 2014), y pasados más de 44 años desde la adopción de la Convención Americana en noviembre de 1969, 12 de los 35 Estados Miembros de la OEA no lo habían ratificado y 15 no habían aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>517</sup>; debiendo la CIDH duplicar esfuerzos con relación a esos 12 Estados que no han ratificado la CADH o 15 Estados que hasta ahora no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, es que: “la ratificación (ahora inexistente en algunos Estados) promueve la integración de los objetivos de la OEA y asegura que todas las personas en las Américas gocen de la máxima protección de sus derechos”<sup>518</sup>.

Frente a ese lamentable escenario, la CIDH considera que: “las dificultades para que se logre la ratificación universal de la Convención Americana no sólo es inconsistente con los principios rectores de la integración americana expresados desde la creación de la OEA, sino que consolida una situación de desventaja de aquellos ciudadanos y ciudadanas bajo la jurisdicción de Estados Miembros que aún no se han adherido a todos los tratados interamericanos”<sup>519</sup>, lo que sin duda muestra la debilidad del SIDH, siendo una de sus consecuencias más dañinas el: “desprover a cientos de millones de americanos y americanas de una protección plena de sus derechos”<sup>520</sup>.

El trabajo a veces más amplio de la Comisión con relación al de la Corte IDH, no solo está vinculado a temas de competencia (hayan o no los Estados partes de la OEA reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH), sino también se puede evidenciar en la doctrina que con argumentos más avanzados ha desarrollado la CIDH con relación a lo dicho por la Corte IDH, para ello basta

---

<sup>517</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013, Capítulo IV, punto 62, p. 393 (on line cit.).

<sup>518</sup> Como considera la Presidenta de la CIDH Tracy Robinson, Comunicado de Prensa 43/14 de 23 de abril de 2014.

<sup>519</sup> Informe cit. supra, p. 394.

<sup>520</sup> Cit. supra.

tener en cuenta la denominada “doctrina de la real malicia”<sup>521</sup>, que ha sido planteada por la Comisión, pero que no ha sido asumida por la Corte IDH, como se ha reconocido por Gonzáles Morales, que ha señalado que: “La Comisión ha planteado esto (doctrina de la real malicia) incluso en varias demandas interpuestas ante la Corte, pero esta no se ha pronunciado al respecto, basando sus decisiones en otros parámetros”<sup>522</sup>.

Tampoco puede dejarse de mencionar el trabajo que viene teniendo la Comisión IDH a través de la Relatoría para la libertad de expresión, que:

“Desde su creación, la Relatoría Especial ha trabajado en la promoción del derecho a la libertad de expresión a través de la asistencia técnica en el trámite de casos, medidas cautelares y realización de audiencias, entre otros. Con el mismo propósito, y en el marco de la CIDH, la Relatoría Especial ha preparado informes temáticos y regionales, ha realizado visitas oficiales y viajes de promoción, y ha participado en decenas de conferencias y seminarios que han logrado sensibilizar y capacitar a cientos de funcionarios públicos, periodistas y defensores del derecho a la libertad de expresión.”<sup>523</sup>.

A través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, se: “ha intentado dar un seguimiento más global del asunto, revisando los ordenamientos internos en la materia y su grado de adecuación a los estándares interamericanos, así como interactuando con los poderes Ejecutivo y Legislativo en una serie de países procurando alcanzar reformas.”<sup>524</sup>, esto ha generado cierta incomodidad de muchos países, mucho más cuando se han pronunciado importantes comunicados de prensa<sup>525</sup> en los que se cuestionan prácticas de ciertos Estados (partes o no de la CADH) que pueden afectar el derecho a la

---

<sup>521</sup> A la que se hará referencia en el punto IV.3.5.1.2 del presente trabajo, relativo al principio de veracidad, exigible tratándose de la libertad de información (hechos) y no de la libertad de expresión (opiniones).

<sup>522</sup> Felipe Gonzáles Morales: “La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Tendencias Jurisprudenciales ...*, op. cit., p. 260.

<sup>523</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013*. Volumen II. “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, CIDH – OEA, p. 1

<sup>524</sup> Op. cit. supra, p. 269.

<sup>525</sup> Por ejemplo, uno de los Comunicados de Prensa que más ha llamado la atención en los últimos tiempos, es el que corresponde a la R36/13, a través del cual la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifiesta su preocupación por la solicitud por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos de los registros telefónicos de periodistas de la agencia de noticias *The Associated Press (AP)* a las compañías telefónicas correspondientes; en este Comunicado de 15 de mayo de 2013, se deja constancia que ese tipo de prácticas puede afectar el ejercicio de un periodismo libre al poner en riesgo la confidencialidad de las fuentes periodísticas (disponible [cidh\\_prensa@dist.oas.org](mailto:cidh_prensa@dist.oas.org)). Otro Comunicado de Prensa esta dado por el signado con el N° R47/13, de 28 de junio de 2013, a través del cual la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifiesta su preocupación por la aprobación en Ecuador de la Ley Orgánica de Comunicación e insta a las autoridades a adecuar su normativa a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, disponible [cidh\\_prensa@dist.oas.org](mailto:cidh_prensa@dist.oas.org).



libertad de expresión, derecho que implica: “decirle a la gente aquello que no quiere oír”<sup>526</sup>.

Esas actividades y otras de la Relatoría para la libertad de expresión, ha puesto en situación muy incómoda a muchos países, molestia que ha causado hasta el extremo que algunos Estados de la OEA amenacen con denunciar la CADH y cuestionen las actividades de esa relatoría, tal como ha sucedido en la “II Conferencia de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>527</sup>, oportunidad en la que algunos representantes de gobiernos, realizaron duras críticas a la Comisión IDH, particularmente a la indicada Relatoría para la Libertad de Expresión<sup>528</sup>.

Otro aspecto necesario a ser considerado dentro del SIDH, es la falta de compromiso de la mayoría de los Estados partes de la OEA, que no dan el debido apoyo económico para un adecuado funcionamiento del SIDH; es necesario recordar que en la actualidad solo algunos Estados aportan de manera definitiva en su financiamiento, por ejemplo el gobierno de México apoya a la Relatoría de los Trabajadores Migratorios, Estados Unidos apoya la Relatoría de la Libertad de Expresión, uno de los apoyos más destacados lo hace Costa Rica: “que aporta el 20% de su presupuesto, y por ayuda de países europeos o subvenciones otorgadas por órganos de la U.E.”<sup>529</sup>, tal el caso de Dinamarca que aporta fondos para el sostenimiento de la Relatoría de Indígenas y otros<sup>530</sup>.

---

<sup>526</sup> Frase enunciada por el novelista británico Eric Blair, Alias George Orwell, como manifestó el periodista Emilio Martínez, en la publicación de 07 de junio de 2013, de <http://www.opinion.com.bo>

<sup>527</sup> Realizada en Tiquipaya, Cochabamba-Bolivia, en 15 de mayo de 2013, reunión destinada analizar las propuestas de cambio para “fortalecer” el sistema americano de DDHH, incluyendo el cambio de la sede de su Comisión (Washington).

<sup>528</sup> En aquella reunión el Presidente de Bolivia ha denunciado que CIDH encubre la violación de los DDHH en países no signatarios del Pacto como Estados Unidos, además de que estaría en contra los gobiernos “antimperialistas”, teniendo “amnesia” para quienes no son signatarios del Pacto, no actuando con base a criterios universales; este tipo de declaraciones ha dado lugar a que el secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Emilio Álvarez Icaza, saliera en defensa de la institución internacional, cuando consideró que los gobiernos de Bolivia y otros países latinoamericanos, tiene: “reacciones de doble rasero. Para el pasado son unas fieras y para el presente una hipersensibilidad porque lo toman como ataque político ... No podemos hablar de derechos humanos solo para justicia transicional del pasado, tenemos que hablar de derechos humanos en el presente”; disponible en <http://www.opinion.com.bo>.

<sup>529</sup> Andréa Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales* ..., op. cit., p. 56.

<sup>530</sup> Andreas Felmann Pietsch: “Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Países Andinos*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2006, p. 54.

La CIDH (de manera similar que la Corte IDH), en términos de recursos humanos y financieros cuenta con la donación de: “Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, México, Reino Unido, Suiza, ACNUR, Aldeas Infantiles, ASDI (Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional), Comisión Europea, ONUSIDA, Save the Children, UNICEF y Universidad de Notre Dame”<sup>531</sup>, sin embargo con ese apoyo no se logra conseguir todos los grandes desafíos que tiene por la escasa asignación de recursos, al extremo que en: “vista de la situación económica y financiera internacional, la CIDH ha estado examinando la posibilidad de diversificar su base de donantes y está buscando nuevas fuentes de financiamiento”<sup>532</sup>. No se puede desconocer la decisión de la OEA de incrementar de forma modesta la asignación de los fondos generales a la CIDH, lo que demostraría -aunque tímidamente- el apoyo a la defensa y promoción de los derechos humanos, ya que el presupuesto general de la organización absorbió una reducción durante el año pasado<sup>533</sup>.

En consecuencia, por esa falta de financiamiento, el presupuesto con el que cuenta los órganos de protección del SIDH es reducido, lo que no permite un funcionamiento permanente sino de carácter periódico, a través de eventuales sesiones (ordinarias o extraordinarias) y cuando trabajan, se encuentran con multiplicidad de obstáculos económicos -entre otros-; trabajo lamentablemente interrumpido que obliga a señalar que: “El paso final debería ser una Corte permanente, en la que sus jueces devengarían un salario, tendrían la obligación de residir en la sede y tendrían incompatibilidades, de acuerdo con el Estatuto, para ejercer otras funciones.”<sup>534</sup>, es que solo cuando el SIDH cuente con una Corte IDH con trabajo permanente, se: “podría hablar de que estaría funcionando en América un verdadero sistema de protección de los derechos humanos”<sup>535</sup>.

Siendo esa la situación actual del trabajo de la Corte IDH, el ex Presidente de ese Tribunal Internacional Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, ha manifestado que el trabajo se realiza: “en condiciones adversas, con un mínimo

---

<sup>531</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013, Capítulo VI, Punto 2.9, p. 630.

<sup>532</sup> Cit. supra.

<sup>533</sup> Comunicado de Prensa 43/14 de 23 de abril de 2014, según lo afirmado por la Presidenta de la CIDH Tracy Robinson.

<sup>534</sup> Manuel E. Ventura Robles: “La Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 161.

<sup>535</sup> Op. cit. supra.

de recursos humanos y materiales, y (saliendo adelante) gracias a la dedicación de todos sus Magistrados, y al apoyo permanente de su Secretaría”, Magistrados de la Corte Interamericana que: “siguen trabajando sin recibir salario alguno, lo que significa que su labor sigue siendo más bien un apostolado”<sup>536</sup>.

Estos problemas provocan que por una parte el sistema se sobrecargue hasta el riesgo del colapso, por otro lado la protección no se otorga con la debida diligencia, sino después de muchos años y con alto costo a cargo de la víctima. Con relación al trabajo de la Corte IDH

A esa falta de financiamiento, que además provoca la demora en la resolución de las causas, se suma: “el manifiesto desgano, incluso oposición, de los Estados que componen la OEA”<sup>537</sup>, cuya resistencia al sistema y a la función no jurisdiccional de la Comisión IDH: “da pistas relevantes sobre el impacto e importancia de la misma”<sup>538</sup>; asimismo resulta evidente que los fallos que emite la Corte IDH no son cumplidos a cabalidad e inclusive se evidencia inejecución de algunas determinaciones de la Corte IDH por los Estados condenados<sup>539</sup>.

En algunas oportunidades, el incumplimiento de los fallos de la Corte IDH, se hace constar en el contenido de fallos de las máximas autoridades judiciales de los Estados, que llegan a expresar las razones para su inejecución<sup>540</sup>, siendo esos argumentos, las razones que han motivado a denunciar la CADH por Venezuela<sup>541</sup>, acto que: “en el derecho interno viola las normas y principios constitucionales relativos a: la jerarquía y supremacía constitucional ..., el derecho de petición internacional ..., los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales ... de la Constitución”<sup>542</sup>; precedente que amenaza otras denuncias por otros Estados partes de la OEA.

La posición que van asumiendo algunos Estados partes de la OEA, que evidencian ese poco compromiso con la defensa de los derechos humanos,

---

<sup>536</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: “El nuevo Reglamento ...”, op. cit, p. 53.

<sup>537</sup> Op. cit. supra, p. 49.

<sup>538</sup> Andréa Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales* ..., op. cit., p. 39.

<sup>539</sup> Como se constatará en el próximo capítulo del presente trabajo.

<sup>540</sup> Aspecto que se hará referencia en el próximo capítulo, cuando se hable de las tensiones que provoca la cosa juzgada, en cuanto al cumplimiento de fallos se refiere.

<sup>541</sup> La denuncia de Venezuela a la CADH se ha efectivizado a partir del 13 de septiembre de 2013.

<sup>542</sup> Como entiende de manera magistral Carlos Ayala Corao: “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2013, p. 47.

profundizan el letargo en el que se encuentra el SIDH, cuando a ello se acompañan los actos de los órganos políticos de la OEA, en los que la tibieza y pasividad de sus actuaciones, no han dado la posibilidad de una real protección de los derechos humanos<sup>543</sup>.

La solución a los problemas que atraviesa el SIDH, partiría de un compromiso total de todos los Estados partes de la OEA por la defensa y protección de los derechos humanos, que implique no solo un apoyo económico total que permita un adecuado financiamiento de sus actividades, sino también el cumplimiento total de las recomendaciones de la Comisión IDH y de los fallos de la Corte IDH, en la medida que cuenten con protección más favorable para el ser humano; solución difícil de lograr en el escenario actual, donde se evidencia tanta resistencia de algunos Estados por el trabajo de los órganos de protección, máxime si además no todos tienen la voluntad política de ratificar la CADH ni de reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Siendo esa la situación actual, es necesario pensar en alternativas que contribuyan a fortalecer el sistema, a partir de esfuerzos que de inicio vayan realizando cada uno de los Estados, que en sus presupuestos deben prever montos racionales, que otorguen un adecuado soporte económico para el funcionamiento de los órganos de protección internacional en particular, así como de todo el SIDH en general.

Además, se deben asumir medidas para el fortalecimiento del SIDH, así como para el cumplimiento de las determinaciones internacionales. Al efecto, es necesario estructurar políticas que profundicen la cultura de la ciudadanía por el respeto de los derechos humanos, dentro del sistema educativo en todos sus niveles, principalmente reforzando en: pre y post grado de Universidades Públicas y Privadas en las Facultades de Derecho de los diversos países; así como en los Institutos de capacitación a jueces de carrera, del Ministerio Público, de la Procuraduría del Estado, de los Colegios de Abogados u otras instituciones; en todo los centros de formación, se debe agregar en sus currículas, cursos relativos a Derechos Humanos, con especial relevancia en el Sistema Regional de

---

<sup>543</sup> Tal como ha sucedido en los casos de penas de muerte de Trinidad y Tobago, así como los auto-golpes del Perú y Guatemala, conforme a lo señalado por Andréa Viana Garcés: "Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias" en *Tendencias Jurisprudenciales ...*, op. cit., p. 39.

Protección de los Derechos Humanos, analizando a profundidad la jurisprudencia que han ido desarrollando los órganos de protección en sus decisiones.

Los organismos operadores del sistema de administración de justicia, vale decir los tribunales que administran justicia constitucional, los que administran justicia ordinaria, agraria, especializada u otra; al igual que otros órganos vinculados con la administración de justicia como Ministerio Público, Defensa Pública, Defensor del Pueblo, Procuraduría del Estado, Policía Judicial u otros, así como los funcionarios de la administración pública en general y población civil en general. Todos deben ser capacitados sobre el alcance y contenido de las normas internacionales y la manera como se operan los mecanismos de protección internacional, para garantizar y asegurar la defensa y protección de los derechos humanos; al efecto a corto y mediano plazo, se puede diseñar las estrategias de capacitación correspondiente, de acuerdo al grupo que sea el destinatario de la información, a través de la organización de talleres y en general otras actividades académicas, destinados a la enseñanza y difusión de los derechos humanos.

La cultura por el respeto de los derechos humanos, no solamente se asegura con la formación de los operadores de la administración de justicia, que brindan la tutela cuando ya se ha operado una lesión de un derecho; sino también cuando el Estado asume su responsabilidad de hacerlo, a través de la implementación de políticas públicas y planes de monitoreo a nivel del Órgano Ejecutivo, que aseguren de manera preventiva el respeto de los derechos humanos, a ese efecto debería incluirse una instancia técnica y especializada que se encargue de cumplir con la obligación de informar a los órganos internacionales, sobre la situación de los derechos humanos en los Estados - avances y retrocesos- y que en forma estable, se haga responsable del seguimiento al cumplimiento de las decisiones o recomendaciones de organismos internacionales.

Se debe buscar los mecanismos para lograr reformas constitucionales que sean necesarias, que permita integrar de manera plena el derecho constitucional de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos, estableciéndose que los derechos constitucionales y humanos, deben ser interpretados en concordancia con la jurisprudencia emanada de los organismos supraestatales de protección y defensa de los derechos humanos. Se necesita

complementar las legislaciones de los Estados estudiados, fijándose un procedimiento en el que se asegure el cumplimiento de los fallos internacionales, señalándose el órgano del Estado que sería competente para exigir a todos los entes estatales el cumplimiento de lo dispuesto por una decisión internacional, asimismo quedando patentizado el compromiso estatal de cooperar con la supervisión internacional; además de tenerse en cuenta la experiencia del derecho comparado, por ejemplo el caso de Noruega, que establece que cuando en una sentencia del tribunal internacional se constate que la interpretación realizada por un juez nacional no se adecua a los parámetros fijados por la Corte internacional, se abre la acción penal y civil.

Las reformas que permitan el fortalecimiento del SIDH, no serían adecuadas si buscaran la eliminación de la Comisión IDH (en pro de la existencia de un solo órgano protección jurisdiccional), dada la realidad americana, en la que dicho organismo es el único que ejercita labores de protección de los derechos humanos con relación algunos Estados partes de la OEA; sin embargo podrían ser adecuadas las medidas que fortalezcan el trabajo de la Corte IDH, a través de una ampliación de competencias, que permitan que además del trabajo jurisdiccional que vienen realizando, cumplan también actividades de defensa que no sean siempre contenciosas, tal por ejemplo el realizar visitas a los países, dando informes sobre la situación de los derechos humanos, seguimiento a sus informes y otros.

Finalmente, tener en cuenta que pese a la existencia de todos los aspectos que van contra el fortalecimiento del SIDH, no puede desconocerse el trabajo que vienen realizando ambos órganos: Comisión y Corte, de naturaleza no jurisdiccional y jurisdiccional, respectivamente, trabajo que es objetivo, equilibrado e independiente, que en el primer caso se expresó y expresa a través de recomendaciones e informes -que no tienen el carácter de sentencias- y en el segundo, por medio de sentencias y opiniones consultivas. La experiencia que resulta de la actuación de ambos órganos, ha significado para las víctimas, sus familiares, los Estados para los que fueron dictados y en general, para el común de la sociedad de todos los países miembros de la OEA, transformaciones muy significativas en la protección y vigencia efectiva de los derechos humanos; por lo que en el siguiente desarrollo se realizará referencias indistintas a cualquier tipo de decisión, emitida por uno u otro órgano protector, principalmente a la

jurisprudencia desarrollada por la Corte, que en los últimos años es bastante rica y ha permitido nuevos rumbos al derecho internacional de los derechos humanos, en la región americana.





### **CAPÍTULO III**

## **ENTRE LA COSA JUZGADA E INTERPRETADA: INTERACCIÓN Y TENSIÓN**

---

### **III.1. ALCANCE DEL DENOMINADO “DIÁLOGO” ENTRE TRIBUNALES**

La profundización de las instituciones que sustentan la doctrina del constitucionalismo en cada uno de los Estados, ha provocado que en todos ellos se vayan generando acciones de respeto, defensa y protección de derechos humanos, se perfeccione los controles de constitucionalidad, se limite la arbitrariedad a través de un correcto ejercicio de las funciones estatales (división de órganos de poder), etc., pese a que en cada Estado y entre ellos, exista una gran diversidad, que se refleja en un pluralismo jurídico, cultural, económico, político, etc..

En ese escenario que se caracteriza por la diversidad, se va produciendo una construcción dogmática de cada uno de los derechos contenidos en Convenios y tratados internacionales de protección de los derechos humanos, a partir de la interpretación que de ellos realizan tribunales supra nacionales, entendimientos que llegan a los tribunales jurisdiccionales de los diversos Estados, produciéndose: “un influjo y diálogos recíprocos de los Estados ... contribuyendo así a configurar progresivamente una parte sustantiva del derecho constitucional común”<sup>544</sup> sea este americano, europeo u otro; es que el contenido

---

<sup>544</sup> Joaquín Brage Camazano: “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Integración Europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 123.

de las normas internacionales y la interpretación que de ellas realice un tribunal supra estatal, tiene un importante efecto en los tribunales estatales, encargados de proteger los derechos fundamentales dentro de cada uno de los Estados que son diversos.

La existencia de Estados con características propias, cargados de sus propias diferencias, lejos de dar pasó a una diseminación política, se convierte en una realidad que se canaliza a través de la interpretación de los derechos que se dan en órganos de protección internacional, que con su actividad jurisdiccional se constituyen en el medio o vehículo por el que se logra la integración o la unión de los diversos Estados, cuando actúan: “protegiendo de modo equivalente ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que éstas se integran a través de una constante y paulatina jurisprudencia.”<sup>545</sup>.

El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, como el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos -con sus órganos de protección regional-, son: “consecuencias más o menos inmediatas de los procesos de integración en sus respectivas regiones”<sup>546</sup>, basta revisar el contenido de los instrumentos jurídicos que los sustentan, tal el CEDH, más conocido como la CEDH<sup>547</sup>, que nació de un rápido consenso entre Estados, señalándose en su preámbulo que: “la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros -integración-, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. En el caso americano, si bien la CADH<sup>548</sup> no surgió con la rapidez que caracterizó a la otra, sino como producto de un proceso lento y de tensión<sup>549</sup>, sin embargo de ello está caracterizada como un instrumento de compromiso de protección de los derechos humanos, por tanto en busca de la integración de los países de la OEA.

---

<sup>545</sup> Javier García Roca: “ Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?” en *Integración Europea a ... op. cit.*, p. 41.

<sup>546</sup> Andrée Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias jurisprudenciales ... op. cit.*, p. 17.

<sup>547</sup> Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor en 1953.

<sup>548</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

<sup>549</sup> Se buscaba proteger la soberanía estatal, fortaleciendo el principio de no intervención, frente a la intervención de Estados Unidos en asuntos internos de países del Caribe; como se desarrolló en el capítulo II del presente trabajo.

Una característica que comparten los instrumentos convencionales (CEDH y CADH), es que de los mismos se derivan verdaderas obligaciones jurídicas a cargo de los Estados, que deben: “erigir una estructura de protección de naturaleza jurisdiccional, pero a su vez, la eficacia de ese mecanismo depende del reconocimiento de que los derechos pertenecen a las personas y que, por eso, todos los Estados deben garantizarlo y un organismo internacional puede protegerlos en última instancia”<sup>550</sup>; lo que implica que los derechos reconocidos en el marco convencional, se protegen tanto por los jueces y tribunales internos de cada uno de los estados, como los tribunales internaciones, que en última instancia, dan la protección final.

De esta manera, se evidencia una influencia entre la normativa internacional, los derechos y la actividad de las autoridades jurisdiccionales nacional e internacional, así las cosas se tiene que los derechos convencionales (derechos humanos, materialmente constitucionales) y los derechos constitucionales (derechos fundamentales), dentro del bloque de constitucionalidad, forman parte central de todo Estado constitucional de derecho y la interpretación que de ellos se haga es una interpretación convencional, pero también es constitucional y la última palabra: “acaba de un modo u otro vinculando al intérprete estatal de los derechos, dando pie a una interpretación conforme a la dada por el intérprete internacional”<sup>551</sup>.

El que los tribunales internacionales (TEDH y Corte IDH) se hayan hecho cargo de decir la última palabra, como intérpretes supremos, con relación a lo dicho por los máximos tribunales estatales, no es sino resultado de un proceso largo, que se ha originado en: “la previa transformación del Derecho Internacional público que ya no sólo se ocupa de regular las relaciones entre los Estados sino que ha entrado en las relaciones entre los poderes públicos estatales y los sujetos sometidos a su jurisdicción ... (lo que) ... implica la penetración del Derecho internacional en materia privativa tradicionalmente de los Estados”<sup>552</sup>.

Hay que recordar la tesis de la soberanía absoluta, construida dentro de un Estado absoluto, por la cual se considera que el poder soberano de un Estado no

---

<sup>550</sup> Andréé Viana Garcés: “Sistemas europeo ..., op. cit, p. 42.

<sup>551</sup> Edgar Carpio Marcos: “La interpretación de los derechos fundamentales” en *Interpretación Constitucional*, Ed. Porrúa, T I, México, 2005, p. 375.

<sup>552</sup> Raúl Canosa Usera: “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Integración Europea a ..., op. cit., p. 81.*

admite límites, siendo una soberanía irrestricta<sup>553</sup>, lo que implicaría la existencia de una impermeabilidad de toda interferencia externa. Esta concepción tradicional de soberanía desarrollada en la época del Estado liberal, que fue un Estado nacional, fue cambiando dentro del Estado democrático constitucional, que tiene como un pilar fundamental la limitación en las actuaciones de cualquier órgano de poder de un Estado; en este tipo de Estado los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente (interna e internacionalmente) son un límite a la soberanía y por tanto al ejercicio del poder público, de ahí que resulta imperioso el fortalecimiento de la jurisdicción internacional, a la que se somete la jurisdicción interna de cada uno de los Estados.

Al: “Atribuir jurisdicción sobre derechos fundamentales a un órgano internacional ... (sea el TEDH o la Corte IDH), es una evidente forma de autolimitación de los Estados en el ejercicio de sus potestades decisorias y de sus competencias jurisdiccionales y revisoras de las mismas”<sup>554</sup>, en consecuencia, la interpretación de los derechos ya no es solo tarea de los Estados, sino también de los órganos de protección de carácter supra estatal; de ahí que: “la jurisprudencia de tribunales como el TEDH o la Corte de San José han forzado un diálogo entre todos los tribunales y propiciado un entendimiento común de los derechos, que se salda las más de las veces con la supremacía de la opinión de quién dice la última palabra”<sup>555</sup>, a la que se someten los Estados, sea porque los tratados de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad (materialmente constitucionales) o porque los mismos gozan de un reconocimiento expreso de rango constitucional o inclusive con aplicación preferente o supra constitucional.

En definitiva, a partir de las competencias jurisdiccionales que se otorga a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, cuando los Estados han ratificado los tratados sobre derechos humanos, los mismos (los Estados) no solo han dejado de tener el monopolio de la tutela y protección de los derechos, sino que también han renunciado a la autonomía de sus propios tribunales en la interpretación de los derechos, cuando hacen suya la sentada por

---

<sup>553</sup> Juan Bodino: “Los seis libros de la República”, 1576, quién señala: “«si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos», soberanía es el «poder absoluto y perpetuo de una República», es decir soberano es quien tiene el poder de decisión, de dar leyes sin recibirlas de otro. Versión traducida y reducida en 1973 por Pedro Bravo.

<sup>554</sup> Javier García Roca: “Soberanía estatal ...”, op. cit., p. 18.

<sup>555</sup> Raúl Canosa Usera: “La interpretación ...”, op. cit., p. 83.

esos tribunales internacionales, en realidad ahí estamos ante un diálogo entre tribunales de derecho, bajo la guía de los tribunales internacionales de protección de los derechos<sup>556</sup>.

Se ha efectuado esa breve retrospectiva, para tratar de entender el alcance de la soberanía estatal actual, en la que los Estados se encuentran auto limitados al marco de los entendimientos jurisprudenciales internacionales, realizado por autoridades supra estatales con competencia jurisdiccional internacional, revisando actos de autoridades públicas de los diversos Estados, a fin de generar un diálogo entre tribunales, en busca de un común entendimiento, aplicación y respeto de los derechos humanos; esa es también la base para tratar de entender el alcance del “diálogo” entre tribunales, como entiende Giuseppe de Vergottini, lamentablemente: “No siempre se ha comprendido que la búsqueda de una definición de los límites de la competencia entre jueces europeos y jueces estatales constituía el presupuesto necesarios del diálogo y que tal exigencia no se presentaba en los mismos términos entre los Tribunales estatales del mismo nivel”<sup>557</sup>, cuando el autor menciona a “jueces europeos”, se está refiriendo a los jueces internacionales, sea que éstos formen parte del TEDH o de la Corte IDH, en cualquiera de los casos el presupuesto del diálogo es la competencia internacional que éstos tienen, realizando interpretaciones de los derechos que resultan ser vinculantes a los tribunales nacionales.

Tratándose de tribunales nacionales de un mismo estado o de distintos Estados entre sí, las interpretaciones de los derechos que ellos realicen, están ajenos a vínculos que devengan de una competencia internacional, por ejemplo cuando un juez nacional utiliza un precedente de un juez extranjero, este (es decir el juez nacional): “no se encuentra en una situación de necesidad sino completamente libre de vínculos que se deriven de una relación con el mismo. La invocación de precedentes externos es en sustancia complemente espontanea y facultativa”<sup>558</sup>; en estos casos, cuando un juez nacional en ejercicio de su jurisdicción y competencia estatal, utiliza la interpretación realizada por un juez externo, esa invocación es ajena a los vínculos jurídicos que dan valor al fallo, o lo que es lo mismo, el precedente se lo cita para dar más fuerza y motivación al

---

<sup>556</sup> Como entiende Javier García Roca: “El Preámbulo ...”, op. cit., p. 25 y siguientes.

<sup>557</sup> Giuseppe de Vergottini: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 35.

<sup>558</sup> Cit supra, p. 180.

fallo, como una especie de opinión doctrinal, pero no como expresión de una obligación internacional, en esa medida: “resulta discutible la utilización del concepto de diálogo entre tribunales cuando se quiere hacer referencia al hecho de que se pueden encontrar tribunales que citen precedentes de ordenamientos distintos al propio”, pero no por ello se produciría un “diálogo” entre tribunales estatales jurídicamente libres de relaciones recíprocas entre sí.

En consecuencia, la idea de diálogo entre tribunales, se da cuando hay un intercambio entre tribunales internacionales que con su interpretación, vinculan a los tribunales nacionales o se produce el diálogo cuando: “se piensa en una interacción entre tribunales que vendría a significar que utilizan (recíprocamente) las jurisprudencias”<sup>559</sup>, es decir interacción entre tribunales estatales, que utilizan la jurisprudencia de los tribunales internacionales; pero el diálogo desaparecería en el momento en el que desaparece su presupuesto, que es la competencia internacional, así la recepción de precedentes de un tribunal estatal que devenga de un precedente de un tribunal externo, técnicamente no implicaría diálogo por estar ajeno el carácter vinculante, pero como se manifestó, significaría una mayor ponderación y motivación en la decisión, es que: “no es posible hablar de un intercambio recíproco de pronunciamientos, entre otras cosas porque falta ... un reparto de esferas de competencia, como ocurre en los ordenamientos internacionales regionales (o supranacionales)”<sup>560</sup>.

Esa concepción del “*judicial dialogue*”, ha sido criticada por otros autores, como Javier García Roca, quién considera que es un: “concepto muy estricto o restringido del diálogo judicial en el espacio convencional europeo (o el espacio convencional americano) que me parece nada aportaría a soluciones reales”<sup>561</sup>, el mismo autor se declara como partidario de una construcción de diálogo judicial que sea más: “amplia, pragmática y flexible ... atenta a una deferencia recíproca y

---

<sup>559</sup> Giuseppe de Vergottini: *Más allá ...*, op. cit., p. 176.

<sup>560</sup> Tesis sostenida por Giuseppe de Vergottini, op. cit. supra, p. 182, al igual que lo señalado en pp. 180, 188 315 y siguientes, además de todo lo expresado en el contenido de toda su obra.

<sup>561</sup> Javier García Roca: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 30, 2012, p. 191.

La concepción restringida o estricta del diálogo, es también compartida con la apreciación que dan otros autores, como Tonniatti R, op. cit; o como considera Ponthoreau, quién inclusive manifiesta que la jurisprudencia extranjera no tiene en absoluto un carácter vinculante, como señala Vergottini, en su op. cit., p. 86, todo para llegar a entender que no se produce diálogo entre la jurisprudencia entre Estados, por no ser vinculantes entre sí, sino simples referencias que libremente se señalan para reforzar la fundamentación de un fallo.

a instrumentos de colaboración”<sup>562</sup>, a una conversación entre dos o más sujetos, la más apropiada para calificar las relaciones entre diversos ordenamientos y jurisdicciones, no solamente en un diálogo en sentido vertical (tribunales de un ordenamiento internacional regional, respecto a tribunales estatales), sino también en un diálogo en sentido horizontal (producidas entre jurisprudencias de los tribules estatales que se encuentran en un plano de igualdad).

Sea que se esté frente a una concepción restringida del diálogo, o cuando se está ante un entendimiento amplio o flexible del mismo, la doctrina desarrolló una amplia clasificación de los diálogos, así se está frente a un: “diálogo impuesto o regulado” cuanto está siendo instituido por las leyes o los tratados; “diálogo facultativo o espontáneo” cuando un tribunal lo utiliza de manera libre o sin que exista vinculatoriedad; “diálogo convencional o vertical” que se da entre autoridades jurisdiccionales nacionales con la jurisdicción internacional; “diálogo horizontal” que se da entre autoridades jurisdiccionales internacionales entre sí (ejemplo TEDH y Corte IDH) o entre autoridades jurisdiccionales nacionales entre sí; “diálogo directo” cuando es explícito entre tribunales; “diálogo indirecto” cuando es provocado entre tribunales<sup>563</sup>. Son contrarios a los diálogos los “monólogos”, que se produce cuando existe una influencia unidireccional, que no entraña la reciprocidad e interacción, sea bilateral o multilateral entre órganos de protección jurisdiccional.

Muchas pueden ser las clasificaciones y los entendimientos que provoquen un “diálogo judicial”, lo cierto es que todavía esa es: “una noción es bastante imprecisa, está repleta de intuiciones y puede que no sea todavía una verdadera categoría jurídica en vez de una simple noción”<sup>564</sup>, en todo caso hay un esfuerzo doctrinal para tratar de entender que es el diálogo judicial, estableciéndose los elementos que lo caracterizarían, como es: la existencia de un escenario de pluralismo constitucional; el carácter obligatorio y necesario (no simplemente facultativo); las elaboraciones y construcciones ajenas, por otros tribunales; la aplicación de un derecho propio; la consideración en sentido de que el diálogo no se puede resolver ni limitar al simple predominio de una jurisdicción sobre otra, en

---

<sup>562</sup> Javier García Roca: “El diálogo ..., op. cit., p. 191; esa apreciación amplia del diálogo, es compartida por otros juristas, como Lucca Mezzetti, Bustos R., op. cit. pp 191-192.

<sup>563</sup> Giuseppe de Vergottini, op cit., Javier García Roca, op cit., Laurence Bourgorgue-Larsen, Aida Torrez, Ugarte-Mendia y Jáuregui G, citados por García Roca, en el prólogo realizado a la obra de Vergottini, p. 16-17.

<sup>564</sup> Javier García Roca: “El diálogo ..., op. cit., p. 183.

todo caso reconocer que no existe una instancia final de solución de controversias, sino tantas como ordenamientos constitucionales existan<sup>565</sup>.

Sea cual fuere el alcance preciso del diálogo (restringido o amplio), nadie va a poder negar que el mismo es una noción que viene del pluralismo de los ordenamientos estatales y convencionales, en busca de una integración dentro de la diversidad<sup>566</sup>, permitiéndose que jurisdicciones constitucionales estatales dialoguen con las jurisdicciones convencionales internacionales e incorporen en su perspectiva estatal una análoga interpretación constitucional y convencional de los derechos, lo que está contribuyendo a crear un orden público europeo y americano, sustentado en un entendimiento común del lenguaje de los derechos que también es común, estando frente a una globalización de los derechos humanos, que implica una convergencia, homogeneización y uniformidad, pero que tampoco puede ignorar la variedad que existe en las distintas formas estatales que hay que respetar, siempre que se que no se alteren los derechos y garantías establecidos en instrumentos constitucionales y convencionales.

### **III.2. RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES INTERNACIONALES CON TRIBUNALES ESTATALES**

La creación de los órganos de protección regional de los derechos, como la Corte IDH y el TEDH, se encuentran reconocidos y consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, cuyas atribuciones y competencias están reguladas en la CADH y el CEDH, respectivamente; estos instrumentos internacionales, son tratados *sui generis*, porque no solo son producto de acuerdos entre distintos Estados para proteger los derechos humanos de los diferentes individuos que forman parte de los Estados, sino que una vez que son ratificados por los Estados, se convierten en derecho directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos internos, de los cuales

---

<sup>565</sup> Rafael Bustos Gilbert: "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, N° 95, mayo-agosto, 2012, Madrid.

<sup>566</sup> Integración en busca de una protección de los derechos humanos, que es mucho más intensa en Europa que en América; para ello basta considerar por ejemplo que existe un grupo de países que forman parte de la OEA, que hasta ahora no han ratificado la Convención Americana, a diferencia de lo sucedido en Europa, donde la Convención Europea surge dentro de un sistema de organización regional consolidado, que cuenta con un consenso entre los Estados.



forman parte dentro del denominado bloque de constitucionalidad, de ahí que se dice que el derecho consagrado en un instrumento internacional es: “típicamente constitucional, las normas que las declaran, aunque sean internacionales, son materialmente constitucionales y su interpretación, en consecuencia, es también interpretación constitucional”<sup>567</sup>.

Esta globalización de los derechos<sup>568</sup>, permite hablar del “Derecho común de los derechos, a la búsqueda de unos principios y reglas comunes y de un fundamento no menos común, (pero) no impide el *iura propria*”<sup>569</sup>, es decir que el derecho común, que deviene del contenido de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos o tratados o convenciones, no niega sino se complementa con el derecho interno que se regula en las Constituciones Políticas de cada uno de los Estados; estos ordenamientos jurídicos (convencional y constitucional) son independientes entre sí, pero se encuentran estrechamente conectados y vinculados, produciéndose una relación entre fuentes jurídicas de diverso origen.

Si eso sucede con los ordenamientos jurídicos que sustentan la creación de los derechos, lo mismo se produce tratándose de los órganos jurisdiccionales encargados de proteger esos derechos, sea a nivel estatal o internacional; las jurisdicciones constitucionales estatales, son autónomas e independientes de las jurisdicciones convencionales internacionales, pero esto no impide para que entre las mismas, se produzca un “diálogo”, que es aquel en el que se: “denota una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de los derechos comunes”<sup>570</sup>, esa unión y diálogo que se da entre diversas jurisdicciones, no precisa una interpretación exactamente coincidente, sino semejante o relativamente equivalente.

El diálogo comprende, un conjunto de diversas actividades jurisdiccionales, por lo que en este trabajo se busca responder a la: “necesidad doctrinal de descomponer de forma analítica las varias cosas que integran el diálogo,

---

<sup>567</sup> Raúl Canosa Usera: “La interpretación ..., op. cit. p. 80.

<sup>568</sup> No debe ser entendida como una globalización liberal de tipo económico, que tiene otro alcance y que puede llevar inclusive a la injusticia social, económica etc.; a través de la globalización de los derechos, se busca justicia social, económica, política, etc., en la medida que la tutela puede ser exigida por todos y por igual ante tribunales jurisdiccionales, estatales o internacionales.

<sup>569</sup> Javier García Roca: “El diálogo ..., op. cit., p. 189.

<sup>570</sup> Op. cit. supra, p. 194.

amontonándose en un simple comixto” extrañada por Javier García Roca<sup>571</sup>, es que como señala el mismo autor: “las relaciones entre tribunales y jurisdicciones muy diversas no pueden simplemente guardarse en un cajón de sastre donde diversas cosas se amontonen de forma superpuesta ... O al menos no por los juristas”<sup>572</sup>; esa es la razón por la que se realiza el presente trabajo en un esfuerzo por tratar de encontrar la pluralidad de situaciones jurídicas que evidencian una comunicación entre tribunales jurisdiccionales estatales y supra estatales.

Entre las varias cosas que integra el diálogo jurisdiccional, esta aquella destinada a lograr que los fallos internacionales, puedan ser ejecutados y cumplidos dentro de las jurisdicciones nacionales; otra actividad importante está referida a la forma en la que las jurisdicciones nacionales, reciben las interpretaciones internacionales de los derechos convencionales; no deja de ser una forma de diálogo, la existencia de un cierto margen de nacional -estatal-, que deviene del vasto campo del pluralismo que impera en toda realidad estatal; tampoco está ajena al diálogo otro tipo de actividades vinculadas a la interpretación de los derechos según el contenido de la convención.

Todos estos aspectos forman parte de una apertura al derecho internacional de los derechos humanos, que trascienden en un diálogo que se genera entre tribunales estatales e internacionales, permitiendo la construcción de unos derechos que se desenvuelven y desarrollan, dentro de un espacio europeo o americano, que es común a todos los Estados, lo que facilita su integración y cooperación; todo lo que será considerado a continuación.

### **III.2.1. Cosa juzgada (*efecto inter partes*)**

Cuando en este trabajo se ha estudiado la regulación jurídica y competencia de los órganos de protección internacional, en el marco de lo desarrollado en el Capítulo II, se ha mencionado la existencia de un procedimiento de peticiones individuales o comunicaciones Estatales para Estados partes en la CADH a cargo de la CIDH, procedimiento que cuenta con

---

<sup>571</sup> Op. cit. supra, p. 217.

<sup>572</sup> Javier García Roca, en el prólogo realizado a la obra de Guiseppe de Vergotini: “Más allá ...”, op. cit., p. 15.

una etapa contradictoria y que puede concluir con un informe definitivo, cuando la Comisión ha decidido no someter el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH<sup>573</sup>; a su vez, también se ha hecho referencia al procedimiento contencioso que se inicia cuando la Comisión envía el caso a la Corte IDH y termina cuando dicha Corte emite una sentencia de fondo, en todos aquellos casos en los que los denunciados son los Estados partes sometidos a su jurisdicción, además de la existencia de las opiniones consultivas cuando se solicite a la Corte IDH la interpretación de la Convención, por todos los Estados de la OEA, partes o no de la CADH.

Las decisiones pronunciadas por estos órganos de protección internacional (informe definitivo de la Comisión -cuando el caso no se ha sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH- y sentencias como opiniones Consultivas pronunciadas por la Corte IDH), son vinculantes u obligatorias, adquieren la calidad de cosa juzgada<sup>574</sup> y buscan la aplicación de un derecho más humano, por lo que deben ser cumplidas por los destinatarios de las mismas, ya que no tendría razón de ser la existencia de órganos cuasi jurisdiccional y jurisdiccional, si es que lo determinado por los mismos no tendría vigencia ni aplicación en cada uno de los Estados partes de la Convención y miembros de la OEA.

Debe tenerse presente que por razones de seguridad jurídica, todo procedimiento judicial tiene que tener de manera necesaria un fin, se tiene que acabar, esto no solo con relación a las sentencias que emiten autoridades jurisdiccionales dentro de un Estado, sino también alcanza a aquellos fallos pronunciados a nivel internacional, esta doctrina se sustenta en la: “presunción de

---

<sup>573</sup> Hay que recordar que solo por mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, se emite un informe definitivo o final, en el que se fija las recomendaciones que considera pertinentes, con relación a las denuncias sometidas a su consideración, además de señalar un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas para remediar la vulneración e informar sobre su cumplimiento (Art. 51.1 y 2 de la Convención Americana y 47.1 del Reglamento de la Comisión); transcurrido el plazo otorgado para el cumplimiento del informe definitivo o final, la Comisión determinará si el Estado tomó o no las medidas ordenadas y si publica o no su informe definitivo o sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o publicación en cualquier otro medio que considere apropiado (Art. 51.3 de la Convención Americana y art. 47.2 y 3 del Reglamento de la Comisión).

<sup>574</sup> Se considera que la calidad de cosa juzgada solo se da en fallos jurisdiccionales y que los informes definitivos de la Comisión, al no haber sido pronunciados por una autoridad jurisdiccional no gozarían de tal calidad. Los informes definitivos emitidos por las autoridades no jurisdiccionales, son pronunciados dentro de un procedimiento que tiene una etapa contradictoria, a cuya conclusión se dilucida la controversia, por lo que lo dictaminado no puede dejar de ser obligatorio, más aun si viene de un órgano de máxima protección de los derechos humanos.

verdad que conlleva toda resolución judicial, tanto en los hechos como en los fundamentos de derecho, y en la necesidad de asegurar a las partes que no volverán a ser juzgadas por lo mismo<sup>575</sup>, es decir, que los fallos que resuelven las controversias, tiene que adquirir en algún momento la calidad de cosa juzgada.

Una decisión adquiere ejecutoria cuando: “hay **cosa juzgada** (que implica) una cuestión o asunto que ya ha sido objeto de enjuiciamiento definitivo y, en principio, inmodificable<sup>576</sup>, o como manifestó el Juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, haciendo mención a las definiciones que da Eduardo Couture con relación a lo que es “cosa juzgada”, señala que se constituye una institución procesal que consiste en “la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisabilidad en otro proceso posterior<sup>577</sup>. En consecuencia, la calidad de cosa juzgada de las decisiones de los órganos de protección internacional, ponen fin a la discusión que surgió contra las acciones y/o omisiones de un determinado Estado parte contra los derechos humanos de un sujeto o individuo, decisiones que adquiere autoridad y eficacia definitiva, en cuanto no existen contra las mismas medios de impugnación que posibiliten alterarla, como parte de sus características de inmutabilidad e inimpugnable; máxime si se trata de decisiones emitidas dentro de un proceso contencioso y que se encuentran relacionadas a la protección de derechos sustanciales relativos a la persona humana, que no deberían ser atacadas ni contradichas por posteriores decisiones de órganos jurisdiccionales internos y mucho menos voluntad política de otros órganos de los Estados partes.

Ahora bien, cuando un fallo internacional adquiere la fuerza de cosa juzgada, conlleva la obligación de ser cumplido, produciéndose la “autoridad de

---

<sup>575</sup> Pablo Antonio Fernández Sánchez: “Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en Integración Europea a ..., op. cit., p. 186.

<sup>576</sup> Andrés de la Oliva Santos: *Pensamiento Jurídico sobre la Cosa Juzgada*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, España, 1991, p. 21.

<sup>577</sup> Punto B) 26, del voto razonado del Juez de la Corte IDH, Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, que emitió con relación a la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 20 de marzo de 2013, en el caso Gelman Vs. Uruguay. Razonamiento contenido que también esta contenido en el trabajo presentado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot: “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)” en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

cosa juzgada internacional”, que implica que: “una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello”<sup>578</sup>; en consecuencia, los fallos de la Corte IDH que adquieren “autoridad de cosa juzgada internacional” -por su carácter inimpugnable- no tienen posibilidad de revisión, por no preverse en ningún ordenamiento internacional, la posibilidad de algún medio de impugnación, razón por la cual dicho fallo adquiere firmeza, como un acto jurisdiccional que pone fin a la controversia internacional.

El concepto de cosa juzgada de las decisiones emitidas por un órgano de protección internacional, responde a dos imperativos: “de una parte, tiene como efecto poner fin a una controversia entre el individuo y el Estado ... De otra parte, permite, sobre todo, que el Estado Parte respete sus obligaciones convencionales”<sup>579</sup>, de ahí que: “las sentencias definitivas y firmes de la Corte Europea (Corte IDH) adquieren la autoridad de cosa juzgada, y por tanto poseen carácter obligatorio”<sup>580</sup>, por los efectos *inter partes* que ocasiona, correspondiendo siempre su cumplimiento en el caso concreto.

### III.2.1.1 *Carácter vinculante directo*

Con relación a la parte resolutive de una decisión internacional que adquiere la calidad de cosa juzgada, tiene efecto *inter partes* y no *erga omnes*, pues lo ahí dictaminado afecta sólo a las partes del proceso o favorece a la parte en cuyo amparo se presentó una denuncia por haber sido víctima de violación de sus derechos humanos; en esa medida se dice que las decisiones que emiten un tribunal internacional: “disfrutan de una autoridad relativa de cosa juzgada en el sentido de que sólo los Estados demandados tienen la obligación positiva de

---

<sup>578</sup> Como manifestó el Juez Ferrer Mac-Gregor, en el voto razonado que dio en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, punto 28.

<sup>579</sup> Como expresa Elisabeth Lambert, citado por Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2001.

<sup>580</sup> Héctor Fix-Zamudio: “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”, en *Entre la ética, la política y el derecho*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2008, p. 559.

adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia”<sup>581</sup>, es que cuando se otorgó la protección demandada, están obligados los demandados o Estados partes denunciados al cumplimiento de la resolución dictada por los órganos de protección internacional en el procedimiento contencioso pertinente -o cuando se ha solicitado una interpretación convencional-, asumiendo dicho Estado Parte la obligación de adoptar todas y cada una de las disposiciones ordenadas.

En consecuencia, cuando un fallo de la Corte IDH adquiere la “autoridad de cosa juzgada” (*res judicata*), la misma tiene efectos que de manera subjetiva y directa alcanza hacia las partes de la controversia internacional, es decir que se: “produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana”<sup>582</sup>; el contenido del fallo no solo comprende la parte resolutive o dispositiva de la decisión, sino también alcanza a los razonamientos, argumentaciones u otras consideraciones (*ratio decidendi*) que dan sentido y fundamento a la determinación internacional.

Con referencia al cumplimiento de las recomendaciones de los Informes de la CIDH, de inicio corresponde preguntarse si ¿los informes definitivos -aún los provisionales- con sus recomendaciones, tienen la calidad de cosa juzgada, por tanto un carácter vinculante?; hay que tener en cuenta que la Comisión viene a ser el órgano encargado de establecer los hechos y lograr una solución amistosa, pero en caso de no conseguir un acuerdo, está obligada a emitir un informe o decisión final sobre el caso y establecer las recomendaciones que sean necesarias; en principio *strictu sensu* una recomendación es solo eso, pues implica: “...una invitación o solicitud de hacer algo”, por lo que se considera que la Comisión no posee poderes coercitivos, pues no dicta propiamente una decisión jurisdiccional, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad al Estado y en ese entendido de inicio puede llegar a afirmarse, que una simple

---

<sup>581</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit.

<sup>582</sup> Como reconoció el Juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el voto razonado que emitió en el caso Gelman Vs. Uruguay, punto 3.3.33.

recomendación no adquiere cosa juzgada y por tanto carece de carácter vinculante.

Sin embargo debe tenerse presente que la CIDH como órgano encargado de proteger los Derechos Humanos y como tal, en el contexto internacional, se le otorgó ciertas atribuciones, tales las de: preparar informes, formular recomendaciones<sup>583</sup>, solicitar informes a los Estados -sobre las medidas que adopten en materia de Derechos Humanos y el cumplimiento de recomendaciones<sup>584</sup>-; estas atribuciones y otras, constituyen parte de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención, siendo competencia de la Comisión conocer todos esos asuntos<sup>585</sup>.

Además de lo dicho, de acuerdo al principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado ratifica y suscribe un tratado internacional -*máxime* si es uno vinculado a la defensa de los Derechos Humanos, como es el caso de la CADH-, tiene ese Estado la obligación de cumplir a cabalidad las recomendaciones que le haga ese órgano internacional, como es la CIDH, que se constituye en un órgano principal de la OEA y de ahí surge y se comprende que las recomendaciones emitidas por ese órgano, si son obligatorias.

En consecuencia, resultando ser obligatorios los informes y recomendaciones de la Comisión, como un medio para asegurar el respeto y la protección de los Derechos Humanos, se estableció las normas que otorgan la posibilidad de que la Comisión realice un adecuado seguimiento sobre el cumplimiento de sus recomendaciones, así se ha previsto que una vez publicado el informe sobre el fondo en los que se haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar medidas que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes, celebrar audiencias, todo con el fin de verificar el cumplimiento de esas recomendaciones<sup>586</sup>; esta supervisión del cumplimiento de naturaleza cuasi jurisdiccional se da cuando se tratan de denuncias que se presentan y decantan dentro de un procedimiento contradictorio que concluye con

---

<sup>583</sup> Las recomendaciones que formula la Corte Interamericana al Estado (a fin de que asuma las medidas necesarias para remediar violaciones denunciadas), dan lugar a un informe que es público (cuando no se ha remitido el caso ante la Corte Interamericana), ese informe y recomendación deberá ser cumplido por el Estado denunciado y obligado.

<sup>584</sup> Arts. 41 b, c y d, 50 y 51 de la Convención Americana, art. 18 b, c y d del Estatuto de la Comisión, arts. 44.2 y 47.1 del Reglamento de la Comisión.

<sup>585</sup> Art. 33.a de la Convención Americana.

<sup>586</sup> Art. 48.1 y 2 del Reglamento de la Comisión.

un informe que establece una recomendación por la CIDH, en ese caso, dicha Comisión por mayoría absoluta de sus miembros decidirá si el Estado tomó o no las medidas adecuadas<sup>587</sup>.

Pese a la regulación normativa antes mencionada (teoría), la CIDH, no cuenta con una instancia o un mecanismo concreto para ejercer influencia sobre el Estado denunciado, es decir que muchas veces en la práctica carece de medios materiales para ejercer de un control y fiscalización al Estado denunciado o no cuenta con un mecanismo compulsivo para lograr que se cumplan sus recomendaciones; de ahí que su cumplimiento real queda sometida a la buena voluntad del Estado denunciado.

Esta apreciación no podría estar ajena del desarrollo que sobre este tema se ha ido dando en la jurisprudencia y entendimiento que realizó la Corte IDH, que de inicio consideró que la CIDH, produce informes, conclusiones y recomendaciones, que tienen un valor moral y político, por carecer de un carácter jurisdiccional; así señaló que:

“... el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena ... por ello, no tiene carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado ... En consecuencia el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”<sup>588</sup>.

Ese razonamiento antes expresado por la Corte, ha sido modificado por la propia Corte, en cuanto en aquellas situaciones en las que la Comisión actúa como organismo cuasi jurisdiccional, sus decisiones no deben perder un carácter vinculante, en cuanto ha sido la propia Corte IDH, que sustentándose en el principio de buena de fe de derecho internacional, reconoció tal carácter, cuando señaló que:

“79. La Corte dijo anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente ...

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención

---

<sup>587</sup> Art. 51.3 de la Convención Americana.

<sup>588</sup> Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 67, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.



Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es, además uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el art. 33 de la Convención Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha convención, los Estados Partes se comprometen atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes”<sup>589</sup>.

Como se puede establecer de ese razonamiento de la Corte IDH, sobre la base del principio de buena fe, los Estados partes tienen la obligación de realizar los esfuerzos pertinentes, para atender y cumplir las recomendaciones que se aprueban en los informes de la Comisión.

### **III.2.1.2 Cumplimiento**

Se analiza el alcance del cumplimiento de las Sentencias de la Corte, partiendo del hecho de que la misma es un órgano de protección internacional, cuyos fallos adquieren la calidad de cosa juzgada, por tanto deben ser cumplidos a cabalidad por los Estados partes, es que: “las sentencias de la Corte IDH dictadas en el marco de su competencia contenciosa son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado, es decir, para aquel que fue parte en el caso concreto”<sup>590</sup>.

Es así que, en aquellos casos en los que se ha declarado procedente un recurso, el Estado parte de la Convención debe garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, por las autoridades que dentro del procedimiento interno, sean competentes para el efecto<sup>591</sup>; además, la propia Corte IDH también es competente para conocer y supervisar los asuntos relacionados con el cumplimiento de compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención<sup>592</sup>, que en cada período ordinario (cada año) someterá a consideración de la Asamblea General de la Organización un informe, en el que

---

<sup>589</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

<sup>590</sup> César Alfonso: “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2010, p. 78.

<sup>591</sup> Art. 25.2.c, con relación al art. 68.1 y 2 de la Convención Americana.

<sup>592</sup> Art. 33.b) de la Convención Americana.

señalará los casos en los que el Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos<sup>593</sup>.

En esa virtud se tiene que, por una parte es la propia Corte IDH, la que tiene el papel de supervisar que los Estados (en el marco de sus normas internas) cumplan con las obligaciones emergentes de sus decisiones; por otra parte, son las autoridades que ejercen jurisdicción y competencia en cada uno de los Estados Partes -en el marco de sus normas internas<sup>594</sup>-, las competentes para asegurar la ejecución de las decisiones internacionales.

A partir de esa realidad (con base convencional), a continuación se analizará diversos tópicos vinculados al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, tal: el alcance del principio de responsabilidad internacional y buena fe del Estado (*pacta sunt servanda*), con referencia al principio de cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos (*effet utile*) en el plano del derecho interno; se volverá hacer alguna mención al alcance de las sentencias declarativas y de condena que deben darse cumplimiento por cada Estado parte, así como la supervisión de ese cumplimiento por la Corte IDH; también se mencionará los mecanismos del derecho interno y su alcance en los países estudiados, para determinar si se asegura o no el cumplimiento de los fallos internacionales. Todo este análisis se efectúa no solo en el contexto normativo de la CADH, sino conforme a la manera en que la Corte entendió esas previsiones internacionales y como se han asumido esos razonamientos por los tribunales regionales.

En el marco convencional referido, la obligación de cada Estado parte de cumplir con lo dispuesto por el órgano de protección internacional, responde al **principio sobre la responsabilidad internacional del Estado**, en virtud del cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*<sup>595</sup>), este principio implica que por motivos de orden interno, no puede dejarse de cumplir con la obligación internacional que en un momento determinado se asumió, criterio que tiene amplio respaldo por la jurisprudencia internacional y nacional.

---

<sup>593</sup> Art. 65 de la Convención Americana.

<sup>594</sup> Es que los Estados partes se comprometen a cumplir con las decisiones y ejecutarlas por los procedimientos internos correspondientes; como se entiende de lo regulado por los arts. 2 y 68.2 de la Convención Americana.

<sup>595</sup> Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, la Corte IDH, se ha referido al principio de responsabilidad del Estado, en sentido de que: “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>596</sup>, es decir que por razones de orden interno, no puede dejarse de asumir la responsabilidad internacional que ya fue establecida; además que las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado<sup>597</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, la Corte Constitucional de Colombia, señaló que: “El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual dispone que los Estados Parte no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida; y que las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”<sup>598</sup>, en este fallo se determina el carácter definitivo e inapelable de las Sentencias de la Corte IDH, así como la obligatoriedad de su cumplimiento en el orden interno debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano.

La obligación que tienen los Estados parte, de cumplir las decisiones emitidas por la Corte IDH -con calidad de cosa juzgada y efecto *inter partes*-, por el principio de responsabilidad internacional, se encuentra relacionada con otro **principio referido al cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de los derechos internos**. Al respecto, en la jurisprudencia de la Corte se dijo que un: “Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. ... Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*)”<sup>599</sup>.

Este principio (de asegurar el cumplimiento de las obligaciones convencionales por el derecho interno), se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que

---

<sup>596</sup> OC 14/94 de 09 de diciembre de 1994, párr. 35; igual en Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 125; Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Resolución de 07 de febrero de 2006; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, Resolución de 02 de febrero de 2006; caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Resolución de 02 de febrero de 2006.

<sup>597</sup> Caso El Amparo Vs. Venezuela, Resolución de 04 de julio de 2006.

<sup>598</sup> Sentencia T-367/10, punto iii.

<sup>599</sup> Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, parr. 87.

contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como son todas aquellas que están destinadas a asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Corte; estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos<sup>600</sup>.

En consecuencia y conforme se entendió en la jurisprudencia, los derechos y libertades consagrados en la CADH (parte sustantiva), tienen que ser garantizados y cumplidos de acuerdo a las disposiciones legislativas internas, a ser adoptadas por los Estados partes; o lo que es lo mismo, los Estados Partes, tienen la obligación de respetar no solo las normas sustantivas o derechos protegidos, reconocidos o consagrados en la Convención, sino también tienen la obligación de dictar un procedimiento interno (parte procedimental), que asegure el cumplimiento con fuerza coactiva de las sentencias pronunciadas por ese órgano jurisdiccional<sup>601</sup>.

El principio referido y la jurisprudencia señalada, ha dado lugar a que Tribunales nacionales, como la Corte Constitucional de Colombia, entienda que: “La obligación de los Estados Parte en la Convención de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal”<sup>602</sup>.

En aquellas circunstancias, en las que el Estado Parte, no cuenta en su ordenamiento interno con las normas necesarias que aseguren el cumplimiento de los derechos y libertades de la Convención, se vulnera los arts. 1.1., 2 y 68.2 de la Convención, dando lugar a sentencias declarativas y finalmente de condena,

---

<sup>600</sup> Así se reconoció en diversos casos, tal en *El Amparo Vs. Venezuela. Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 4 de julio de 2006, considerando sexto; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*, Resolución de 07 de febrero de 2006, considerando sexto; *Caso 19 Comerciantes Vs Colombia. Cumplimiento de Sentencia*, Resolución de 02 de febrero de 2006, considerando sexto; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Cumplimiento de Sentencia*, Resolución de 02 de febrero de 2006, considerando sexto.

<sup>601</sup> Art. 1.1. con relación a los arts. 2 y 68.2 de la Convención Americana.

<sup>602</sup> T367/10, punto iv.

por incumplimiento de responsabilidad internacional, tal como se ha dado en innumerables casos<sup>603</sup>.

Los Estados son responsables del cumplimiento de los fallos que adquieren calidad de cosa juzgada, como son las **sentencias declarativas y de condena** (de fondo y de reparaciones) que emite la Corte IDH en el ejercicio de su función contenciosa, determinando si hubo o no violación de un derecho o de una libertad protegida por la CADH, en caso de constatar la violación, deberá: a) garantizar al lesionado el goce de derecho o libertad conculcada -en la medida que aquello sea posible-; b) disponer se reparen las consecuencias de la medida o la situación que ha provocado la vulneración de esos derechos o libertades y; c) indemnizar a la parte lesionada, por la vulneración que le ha ocasionado; todo ello en el marco del art. 63 de la CADH.

Según disponga la sentencia, podrá ser de carácter declarativo cuando: “en su fallo se limita a determinar si se produjo una violación del convenio ... constata una vulneración convencional, sin que aparezca en el fallo que autoridad pública debe tenerse por responsable directa”<sup>604</sup>, pero también puede pronunciarse una sentencia que no sea estrictamente declarativa sino también condenatoria, en la medida que se constata la vulneración de derechos o de libertades, emitiéndose una sentencia de “reparaciones” que: “se ha convertido con los años en la piedra fundamental del sistema interamericano”<sup>605</sup>.

Las sentencias de “reparación” de la violación de un derecho de la Convención, en los primeros casos contenciosos que resolvió la Corte IDH, referidos a la desaparición forzada, estaban destinados a otorgarse una indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas, estableciendo la Corte -después de la sentencia de fondo- la forma, la cuantía y las modalidades de la reparación<sup>606</sup>; posteriormente la misma Corte IDH va perfeccionando las formas de reparación, abreviando la tramitación, dictando sentencia de fondo y de reparaciones al mismo tiempo, fijando no solamente reparaciones pecuniarias

---

<sup>603</sup> Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 207 y 208.

<sup>604</sup> Argelia Queralt Jiménez: “El alcance del efecto de cosa interpretada de las Sentencias del TEDH” en *Integración Europea a ...*, op. cit., p. 230.

<sup>605</sup> Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2010-2011, p. 49.

<sup>606</sup> Casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz Vs. Honduras, resueltos en Sentencia de fondo de 19 de julio de 1988 y 20 de enero de 1989 y en reparaciones el 21 de julio de 1989.

sino también las de tipo no pecuniario al señalarse daños de tipo moral, inclusive llegándose a desarrollar el concepto denominado “proyecto de vida”, que da lugar a otros medios de compensación, cuando se produce una pérdida irreparable o grave deterioro en la oportunidad de desarrollo personal, que atiende la realización integral de la persona afectada, teniendo presente las circunstancias, aspiraciones, potencialidades, aptitudes y vocación<sup>607</sup>.

Ese tipo de jurisprudencia en el ámbito de reparaciones, extensivo del ámbito patrimonial al moral, de conceptos creados (“proyecto de vida”) a factores que tienen incidencia en la actividad de los órganos de poder de cada uno de los Estados y otros que se han ido creando, resultan ser precedentes de obligatorio cumplimiento, que han dado lugar a que se manifieste que:

“La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito queda de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrado en la indemnización patrimonial -que ciertamente es indispensable y pertinente- y otro que, además de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.”<sup>608</sup>.

En el SIDH, es la Corte IDH la que tiene a su cargo la **supervisión del cumplimiento integral de sus sentencias de fondo y reparaciones**. En la parte final de las sentencias de fondo y de reparaciones<sup>609</sup>, la Corte declara que será ella la que supervisara el cumplimiento de sus decisiones y, dará por concluido el caso solo cuando el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo ordenado por la sentencia.

Es la misma Corte la que aplica un procedimiento contradictorio para lograr el cumplimiento de sus fallos; de inicio establece un plazo (que se computa a partir de la notificación con la sentencia), para que el Estado responsable rinda informes a la Corte sobre las medidas que asumió destinadas a asegurar el cumplimiento del fallo; ese informe que será enviado a la CIDH, como a las víctimas

---

<sup>607</sup> Sentencias de Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 y Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

<sup>608</sup> Voto razonado y concurrente del Juez Sergio García Ramírez, en el caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

<sup>609</sup> Que en realidad son las sentencias “declarativas y de condena”, en las que se reconoció la vulneración de un derecho y condenan al pago de una determinada reparación por el daño que el Estado demandado ha ocasionado a la víctima.

o sus representantes, a fin de que efectúen las observaciones que consideren pertinentes.

Una vez que las partes le han proporcionado la información solicitada y se han realizado las observaciones que se han creído convenientes, la Corte emite las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, que entre sus fundamentos está la facultad que tiene de supervisar el cumplimiento de las decisiones -que forma parte de sus funciones jurisdiccionales, al tener jurisdicción como órgano de protección internacional de los derechos humanos bajo la CADH.<sup>610</sup>-.

Además, la Corte pasa a constatar los aspectos concretos en los que el Estado ha dado cumplimiento y en su caso los que aún no le ha dado cumplimiento<sup>611</sup>, es decir determina cuáles aspectos de su sentencia han sido cumplidos y cuáles están aún pendientes de cumplimiento. Con relación a los pendientes de cumplimiento, se insta al Estado a adoptar las medidas necesarias; con referencia a los que constata cumplimiento (poco comunes), la Corte reconoce que la sentencia ha sido cumplida en todos sus extremos y así lo declara en su resolución y ordena archivar el caso<sup>612</sup>.

Como muchas veces la Corte IDH se ve imposibilitada de lograr un real y efectivo cumplimiento de la Sentencia y/o Opinión Consultiva, somete a consideración de la Asamblea General, un informe sobre sus labores y en las recomendaciones señalará los casos en los que un Estado no haya dado cumplimiento a un fallo<sup>613</sup>, a fin de que este organismo internacional establezca las medidas necesarias con relación al Estado parte infractor, pero durante todo ese tiempo se ha perdido la posibilidad del cumplimiento de la protección dispuesta, por no ejecutarla de manera debida por el Estado parte.

Con relación aquellos casos de supervisión del cumplimiento de las sentencias, mediante informes que se someten a consideración de la Asamblea General, la jurisprudencia de la misma estableció:

---

<sup>610</sup> Art. 33 de la Convención Americana, antes mencionado. Caso El Amparo VS. Venezuela. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006.

<sup>611</sup> Como se entendió en la jurisprudencia, tal en caso El Amparo Vs. Venezuela. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de 4 de julio de 2006, considerandos octavo y siguientes.

<sup>612</sup> Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros). Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2003.

<sup>613</sup> Art. 65 de la Convención Americana.

“La Corte Interamericana supervisa el cumplimiento de sus sentencias mediante un sistema de informes; es decir, se solicitan al Estado informes sobre el cumplimiento ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas se les otorga un plazo para la presentación de sus observaciones a dichos informes. Luego del estudio de dichos escritos la Corte resuelve si el Estado cumplió o no y, en caso de incumplimiento, aplica eventualmente el artículo 65 de la Convención”<sup>614</sup>.

Artículo 65 de la CADH, que como se manifestó, hace referencia a la Corte, que somete a consideración de la Asamblea General un informe sobre sus labores y las recomendaciones que se haya dado para el cumplimiento de sus fallos; sin embargo esa Asamblea General, no tiene la manera real de poder coaccionar a los Estados.

En consecuencia, por una parte este procedimiento de supervisión ante la Corte IDH es un: “mecanismos de presión más que de aseguramiento de la efectividad de la jurisprudencia, es una manera de enterar al Sistema de los avances y efectos de las decisiones de sus órganos de derechos humanos”; por otra parte, en el marco de las previsiones convencionales<sup>615</sup>, relativas a la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias, conforme a las normas internas de cada país o la adopción de medidas legislativas o de otra índole que se hubieran impuesto, tampoco son suficientes para asegurar el cumplimiento de una resolución de la Corte IDH, que emerge de un fallo con calidad de cosa juzgada.

En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, la sentencia definitiva del TEDH será de conocimiento del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano que tiene la función de velar por su ejecución y cumplimiento<sup>616</sup>, “lo que otorga una razonable eficacia en el cumplimiento de las mismas”<sup>617</sup> y sólo en el supuesto de que dicho cumplimiento hubiese sido deficiente o insatisfactorio “La Corte Europea ha condenado a los Estados respectivos al pago de indemnizaciones equitativas, en los términos del artículo

---

<sup>614</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2002. Párr. 26.a) Serie C No. 104

<sup>615</sup> Andrée Viana Garcés: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales* ..., op. cit., p. 59.

<sup>616</sup> Art. 46.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que expresa: “La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

<sup>617</sup> Héctor Fix-Zamudio: “Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°. 2, 2002, p. 19.



50 de la Convención de Roma”<sup>618</sup>. Además por la forma y la manera como está estructurado el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, todos los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aceptan y reconocen la jurisdicción supra nacional del Tribunal Europeo, en ese sentido, la sola posibilidad de salir del bloque o de ser expulsado del sistema por no cumplir una decisión del Tribunal de Derechos Humanos, constituye un elemento de coerción real y efectivo para la protección a favor de quienes han sido víctimas o se han violado sus derechos humanos; la diferencia es objetiva con el SIDH, en el que falta un organismo de esta naturaleza o de carácter internacional que haga ejecutar las decisiones de la Corte.

En el SIDH, el cumplimiento de las medidas de reparación e indemnización, dispuestas en las Sentencias de Fondo, Reparaciones y Costas, como se manifestó, se efectiviza a través de los **mecanismos del derecho interno**, sentencias que deben ser ejecutadas por el respectivo país y de acuerdo a sus normas internas (art. 68.2 de la CADH), además corresponde a los Estados partes adoptar las medidas legislativas o de otro carácter y que fueren necesarias, para hacer efectivo los derechos y libertades de las personas (art. 2 de la CADH), que se reconocen en una Sentencia de la Corte IDH que adquiere calidad de cosa juzgada y cuya parte resolutive tiene efectos *inter partes* obligando al cumplimiento al Estado demandado.

A partir de la regulación normativa referida, la Corte IDH, entiende que cada Estado parte debe asumir las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia, garantizando internamente, el cumplimiento de las disposiciones convencionales, por el deber que tiene cada Estado de acatar las obligaciones establecidas por el Tribunal, adoptando las providencias y medidas que sean pertinentes para dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la Corte, por sus sentencias de fondo y de reparaciones”<sup>619</sup>; asimismo, haciendo referencia al contenido de los arts. 1.1 con relación al art. 2 de la CADH, en su jurisprudencia, la Corte IDH entendió que: “Este artículo ... recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus

---

<sup>618</sup> Op. cit. supra, p. 19.

<sup>619</sup> Caso El Amparo Vs, Venezuela. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de 4 de julio de 2006, considerando séptimo.

obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”<sup>620</sup>; es decir que cada Estado, a través de sus autoridades del poder público, deben adoptar las providencias y las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de los fallos internacionales, conforme a las normas internas que al efecto se establezcan.

Sin embargo de lo señalado, las sentencias de fondo de la Corte IDH y más aún las de reparaciones -en caso de constatarse la vulneración de los derechos y libertades convencionales-, pese haber adquirido la calidad de cosa juzgada, algunas veces han quedado escritas en un papel y sin ningún valor real, porque respecto a las mismas, las normas internas de los Estados partes no han sido suficiente para asegurar su cumplimiento.

A partir de esa lamentable realidad, surge una pregunta ¿qué mecanismos internos han previsto los Estados de la región andina que están siendo estudiados (Perú, Colombia y Bolivia), para asegurar el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH? y esos mecanismos ¿son suficientes para asegurar el cumplimiento de los fallos internacionales? o ¿son las decisiones políticas las que priman sobre las obligaciones convencionales?; a fin de dar respuesta esas y otras interrogantes, con mayor cabalidad, se pasa analizar los **mecanismos internos regionales** que están establecidos para lograr el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, en el ámbito de los países que están siendo objeto de estudio en este trabajo.

Los Estados parte que se encuentran obligados al cumplimiento de una sentencia dispuesta por la Corte IDH, de reparaciones e indemnización -con autoridad de cosa juzgada-, conforme a los principios de buena fe en el derecho internacional y de cumplimiento en el marco de las normas internas de cada Estado, deben proceder de manera directa a la ejecución de esos fallos, en cuanto: “las sentencias de la Corte IDH no requieren de ningún pase o *exequatur* de derecho interno por los tribunales nacionales para ser ejecutadas por los Estados partes”<sup>621</sup>, al efecto corresponderá a cada Estado, designar a su representante ante el tribunal internacional (que generalmente es a través de las cancillerías de cada país), que será quién proceda a notificar a los obligados, para

---

<sup>620</sup> OC 7/86 de 29 de agosto de 1986, párr. 30.

<sup>621</sup> Carlos M. Ayala Corao: “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, p. 149.

que se dé cumplimiento de la decisión internacional dentro del marco del derecho interno de cada Estado.

En el **caso peruano** la Constitución Política de 1993, en su art. 205 establece una cláusula que reconoce el derecho de la persona a la protección internacional de los derechos humanos, así al referirse a la jurisdicción supranacional señala que: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.” (dicha norma tiene como antecedente el art. 305 de la Constitución anterior de 1979); habría sido ideal que este precepto constitucional complete su regulación con una cláusula acerca del cumplimiento de las decisiones internacionales sobre derechos humanos, como existe en Venezuela<sup>622</sup>, que a continuación de una regulación semejante, expresa que: “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”<sup>623</sup>, este tipo de norma constitucional, deberían tener todos los países, pues una regla en ese sentido -en situación regular-, sería la que asegure el real y verdadero cumplimiento de un fallo internacional.

El precepto contenido en el referido art. 205 de la Constitución Política del Perú, se encuentra reglamentado por el Código Procesal Constitucional de 2004<sup>624</sup>, cuyo art. 114 dice que: “Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la CIDH de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.”; resulta ser evidente la omisión en la que incurrió el legislador peruano, que no hace mención

---

<sup>622</sup> En Latinoamérica, un país que tiene normativa semejante es Venezuela, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, primera parte del art. 31 señala: “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.”.

<sup>623</sup> Segunda parte del art. 31 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>624</sup> Ley N° 28237 promulgada el 28 de mayo de 2004 y publicada el 31 del mismo mes y año.

a las decisiones que pronuncia la Corte IDH, pese a que el Perú reconoció la competencia contenciosa de la Corte ya el año de 1981.

En aquellos casos que existan resoluciones pronunciadas por organismos internacionales (cuya competencia sea reconocida por el Estado peruano), no se requiere, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno, como se reconoce en el art. 114 del mencionado CPC, que además establece las resoluciones de organismos internacionales: “son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.”.

La Ley N° 27775 de 07 de julio de 2002 (a la que se remite el CPC), es una previsión que tiene por objeto declarar de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas por Tribunales internacionales en contra del Estado peruano, al efecto regula el procedimiento para la ejecución de dichas sentencias; una vez que el Ministerio de Relaciones exteriores comunica al Presidente de la Corte Suprema la existencia de una sentencia, éste pasa a conocimiento del juez especializado que conoció el proceso previo o se agotó la jurisdicción interna para que conozca la ejecución del fallo; al efecto dicha ley regula dos tipos de procedimiento uno para la ejecución de fallos que ordenan el pago de una suma determinada y otro para la entrega de una suma cuando la misma deba ser determinada; en aquellos casos en los que una sentencia tenga una declaración en sentido de que la parte sufrió daños y perjuicios distintos al derecho conculcado, se abre la posibilidad de tramitar un procedimiento abreviado para establecer el monto indemnizatorio, además de acudir a un arbitraje; se fija el derecho de repetición del Estado contra el funcionario responsable<sup>625</sup>.

Una previsión muy importante en dicha Ley N° 27775 de 2002, es la contenida en el art. 6°, que se refiere a la comunicación sobre el cumplimiento de las sentencias que debe realizar la Corte Suprema (por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores) a la Corte IDH, haciendo saber las medidas que se asumió para el cumplimiento de la sentencia, además de una información periódica a

---

<sup>625</sup> Arts. 2, 5 y 8 de la Ley 27775.

favor del beneficiado. A partir de esta regulación y en una interpretación sistemática e integradora, se entiende que la omisión en la que se incurrió en la Ley N° 28237 de 2004 o CPC, de no mencionar a la Corte IDH (en el art. 114) dentro de los organismos internacionales, es salvada en la previsión siguiente (art. 115) que en cuanto procedimiento hace remisión a la Ley N° 27775 que se refiere expresamente a esa instancia supranacional de protección de los derechos, es decir que dentro de los organismos internacionales a los que puede recurrir una persona afectada y exigir su cumplimiento, esta también la Corte IDH.

Por Decreto Supremo 007-2005-JUS de 15 de julio de 2005, se aprobó el Reglamento para la designación y desempeño de los Agentes del Estado Peruano ante la Corte IDH, que tiene entre sus principales funciones, efectuar el seguimiento de la ejecución de las resoluciones y sentencias de la Corte IDH en el caso de su competencia, lo que implica que los agentes, tienen el deber de poner en conocimiento de las autoridades respectivas el contenido de las resoluciones y sentencias de la Corte, así como solicitar información sobre el curso de los procedimientos de ser el caso, además asume la obligación de coordinar con el Procurador del Estado, la ejecución de las sentencias antes referidas, sin interferir en las labores propias de este último<sup>626</sup>.

Las previsiones normativas señaladas, permiten afirmar que en el Perú si existen normas internas que regulan el procedimiento para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, en ese contexto jurídico es necesario determinar si pese al contenido de esas normas, en el Estado del Perú se cumplen o no con las ejecuciones de las sentencias emitidas por la Corte IDH, señalando al efecto alguno de los casos relevantes que han sido resueltos por la misma.

Entre los casos que la Corte IDH ha resuelto contra el Perú, en vigencia de sus normas internas, está el conocido caso Barrios Altos de Lima Vs. Perú, que deviene de la matanza a 15 personas, que se dio en dicho vecindario, dando lugar a que la Corte declarara la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, como consecuencia de la promulgación y aplicación de leyes de amnistía, además de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de respetar derechos como consecuencia de las leyes de amnistía. Se establece a favor de

---

<sup>626</sup> Art. 7 inc. j) del Reglamento.

las víctimas y sus familiares, montos para su indemnización, beneficios por gastos de servicios de salud, atención gratuita, prestaciones educativas, publicaciones en medios de circulación nacional<sup>627</sup>. De las obligaciones dispuestas, no se ha cumplido a cabalidad el deber de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y la sanción de los responsables, tampoco se han realizado todos los pagos de indemnización que se dispusieron a favor de hijos de las víctimas, no se dieron las prestaciones de salud y tampoco las prestaciones educativas<sup>628</sup>.

Otro caso relevante, es el referido al denominado caso “Cinco Pensionistas Vs. Perú”, que se activó debido a la modificación en el régimen de pensiones que afectó a cinco Señores (conforme a la legislación peruana hasta 1992), y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú, que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario; la Corte IDH, por los hechos denunciados declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad privada y a la protección judicial, por lo que dispone la reparación a favor de las víctimas, ordenándose la realización de las investigaciones correspondientes, aplicándose sanciones a los responsables del desacato de las sentencias judiciales, además de fijarse montos indemnizatorios por daños materiales e inmateriales, a favor de las víctimas y de la heredera de uno de ellos<sup>629</sup>. La misma Corte IDH, ha conestado que la sentencia mencionada no se ha cumplido a plenitud, pues falta realizar las investigaciones y aplicar las sanciones a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos, además tampoco se estableció las consecuencias patrimoniales que pudiera tener la violación al derecho a la

---

<sup>627</sup> Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de Reparaciones y Costas de 30 de noviembre de 2001.

<sup>628</sup> Sentencia de Supervisión de Cumplimiento, 07 de septiembre de 2012, caso Barrios Altos Vs. Perú.

<sup>629</sup> Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de febrero de 2003, caso Cinco Pensionistas Vs. Perú.

propiedad privada, en los términos de la legislación interna, por los órganos nacionales competentes<sup>630</sup>.

La última regulación peruana para el cumplimiento de fallos internacionales, adolece de ciertas omisiones como es no haberse pronunciado sobre la Corte IDH y sus decisiones, sin embargo de ello, en una interpretación sistemática e integradora con normas anteriores (que también están en vigencia), se entiende que hay un procedimiento adecuado para lograr el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH; como se manifestó.

Dentro de ese procedimiento, por el análisis de algunos casos antes expresado, se constata que en el Estado peruano no ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones dispuestas en las Sentencias, puesto que si bien se ha ido asegurando las obligaciones económicas, otras como la publicación de las sentencias, etc.; existen otras obligaciones como las de investigar y sancionar a los responsables, búsqueda y entrega de los restos de las víctimas, etc., que no se ha dado cabal cumplimiento. Seguramente influye el tiempo transcurrido desde que se cometieron las violaciones, lo cual no puede impedir que pese a los años, se deba continuar haciendo seguimiento al cumplimiento de esas obligaciones.

Otro de los países que tiene alguna regulación de procedimiento, para el cumplimiento de las sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH, es **Colombia** que es parte de la CADH desde el 31 de julio de 1973, pero recién el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la Corte sin reserva alguna, para que ésta conociera y se pronunciara los casos referidos a la aplicación como a la interpretación de dicha Convención, de igual manera desde ese momento se entiende el Estado colombiano asumió la obligación de cumplir con las sentencias que se pronuncien por la Corte IDH.

En la parte introductoria de la Ley N° 288 de 05 de julio de 1996, se señala que dicha ley establece los: “instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”, entre los órganos se menciona las decisiones del: “Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que ... se establezca que deben indemnizarse los

---

<sup>630</sup> Sentencia de Supervisión de Cumplimiento de 30 de noviembre de 2011, caso Cinco Pensionistas Vs. Perú.

correspondientes perjuicios”<sup>631</sup>, omitiéndose hacer referencia a las decisiones de la Corte IDH, pero por la mención general de órganos internacionales que se hizo en la parte introductoria, Fix-Zamudio entiende que en: “una interpretación por mayoría de razón este precepto debería incluir a la Corte IDH, si se toma en cuenta que el gobierno colombiano se sometió expresamente a su jurisdicción en 1985.”<sup>632</sup>, a partir de esa interpretación se pasa a mencionar rápidamente el procedimiento fijado en dicha ley.

A efectos de pagar las indemnizaciones ocasionados por los perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos, que se hubieran declarado en el pasado y se declararán en el futuro, se crea un Comité integrado por los Ministros del Interior, Justicia Relaciones Exteriores y Defensa, que tienen como función principal, coordinar el pago de las indemnizaciones tramitando el correspondiente presupuesto, previo estudio de la obligatoriedad de la decisión internacional, también tienen la facultad de conciliar el caso de ser necesario. Iniciado el procedimiento, el Comité emite un concepto desfavorable o favorable al cumplimiento de las decisiones internacionales; en el primer caso (desfavorable) deberá comunicar esta situación al Gobierno Nacional “para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere.”, en la medida de que eso sea todavía posible; en el segundo caso (favorable) el Gobierno Nacional debe solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal que es competente para dirimir la controversia objeto de la conciliación, en dicha audiencia únicamente se discutirá el valor de la indemnización, si hay conciliación tiene efectos de cosa juzgada y si no la hay los interesados, los interesados pueden acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, para tramitar ante él la liquidación de perjuicios; también se establece que el pago de las indemnizaciones por parte del Estado lo autoriza a repetir contra los agentes que hubieren provocado los hechos generadores de éstas<sup>633</sup>.

La mencionada Ley 288 de 1996, ha sido reglamentada por el Decreto 321 de 25 de febrero de 2000 por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la

---

<sup>631</sup> Art. 2.2.de la Ley 288.

<sup>632</sup> Héctor Fix-Zamudio: “Introducción a la ..., op. cit., p. 565.

<sup>633</sup> Arts. 2-5, 7, 8, 11 y 12 de la Ley 288.



Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, Comisión encargada de convocar a reuniones al Fiscal General, al procurador General y al Defensor del Pueblo, siempre que fuere necesario. Posteriormente se emitió el Decreto 1240 de 25 de abril de 2005, a través del cual se ha dispuesto que el pago de sentencias, acuerdos conciliatorios y/o soluciones amistosas proferidas o aprobadas por órganos internacionales de derechos humanos podrán tener prelación respecto de los créditos judiciales reconocidos internamente, si así lo decide la Comisión Intersectorial Permanente referida.

En cuanto a los mecanismos internos previstos en Colombia para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte IDH, surgen dos problemas, por un lado tanto la Ley como el Reglamento, están más orientados a asegurar el cumplimiento de las indemnizaciones dispuestas por órganos internacionales de protección, como son la CIDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, pero no están expresamente destinadas asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, razón por la que los fallos de la Corte han quedado dentro de un: “campo que es abstracto y abierto a la voluntad política de las diferentes entidades que integran el gobierno”<sup>634</sup>; por otra parte esos instrumentos normativos internos (ley y reglamento) se han limitado: “a buscar la forma de garantizar el pago de las indemnizaciones a las víctimas, sin ocuparse del cumplimiento de las recomendaciones de esos órganos que van más allá del aspecto económico”<sup>635</sup>.

Dentro del sistema regional de protección de Derechos Humanos, la primera condena internacional que se dio en contra de Colombia fue el año de 1995, en el caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, estableciéndose que el Estado estaba obligado a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas, además se lo condenó a indemnizar a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos

---

<sup>634</sup> El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y los Países Andinos. “Propuestas para Fortalecer la aplicación y cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Informe de Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Comisión Andina de Juristas, septiembre-noviembre 2006, p. 24.

<sup>635</sup> Juan Fernando Jaramillo y Luis Manuel Castro Novoa. “La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano”, p. 41, disponible en:

[http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11\\_2/octavaSesion/ejecucionDecisionesOrganosInterDerechosHumanos.pdf](http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/octavaSesion/ejecucionDecisionesOrganosInterDerechosHumanos.pdf)

procesales<sup>636</sup>. En este caso se cancelaron en su totalidad las indemnizaciones y costas ordenadas por la Corte IDH, pero aún está pendiente la búsqueda de los restos mortales de las víctimas y la investigación penal no ha arrojado responsables sobre las violaciones ocurridas<sup>637</sup>.

En el caso Las Palmeras se declaró al Estado Colombiano responsable por una operación realizada por la Fuerza Pública en la localidad de Las Palmeras, al haberse detenido a varias personas que después fueron ejecutadas extrajudicialmente; en la sentencia de reparaciones se ordenó al Estado, realizar la búsqueda de los cadáveres de las personas muertas, publicar la sentencia de fondo, concluir el proceso penal, así como cancelar las respectivas indemnizaciones a los familiares de las víctimas<sup>638</sup>. El 2005 se cancelaron las costas e indemnizaciones, se efectuaron las publicaciones ordenadas en el fallo, se dictaron tres condenas penales por los hechos ocurridos y se entregaron a su familia los restos mortales de una de las víctimas, pero todavía se encuentra pendiente la búsqueda de una persona<sup>639</sup>.

Otro caso muy importante fue el conocido como el de “los 19 comerciantes”, en el cual en sentencia de fondo la Corte condenó al Estado colombiano por causa de la detención, descuartizamiento y desaparición de diecisiete comerciantes, además del asesinato de otras dos personas que fueron en búsqueda de los primeros. En cuanto a reparaciones, la Corte dispuso pagar las respectivas indemnizaciones, la obligación del Estado de investigar los hechos para identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones, asimismo se ordenó divulgar el resultado de las investigaciones, realizando búsqueda de los restos, erigiendo un monumento en su memoria en una ceremonia pública, se obligó a realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional<sup>640</sup>. En este caso en el 2006 se

---

<sup>636</sup> Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997.

<sup>637</sup> Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de febrero de 2012.

<sup>638</sup> Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 Noviembre de 2002.

<sup>639</sup> Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010.

<sup>640</sup> Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas.

canceló las sumas debidas, se realizó un acto público de reconocimiento de culpabilidad del gobierno, pero no ha sido posible encontrar los restos de las víctimas<sup>641</sup>.

Otro caso relevante en Colombia, es el conocido como Caso Gutiérrez Soler, que se dio por la detención ilegal, maltratos y torturas que la Policía Nacional profirió sobre la víctima; se ordenó al Estado encontrar, identificar, juzgar y sancionar a los responsables de estos hechos, brindando tratamiento psicológico y psiquiátrico a la víctima y a sus familiares, garantizando la vida, integridad y seguridad de todos ellos y cancelar las respectivas indemnizaciones<sup>642</sup>. En este caso se ha pagado las sumas ordenadas como montos indemnizables, se han efectuado las publicaciones en un periódico de amplia circulación nacional, se ha planteado una acción de revisión contra la sentencia penal que absolvió a los presuntos autores de las torturas; sin embargo debido a que la víctima y sus familiares abandonaron el país por razones de seguridad, se han producido dificultades para cumplir con la orden de prestarles los servicios de atención médica, psicológica y psiquiátrica<sup>643</sup>.

En la relación de casos precedentemente señalada, se evidencia que el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH en Colombia no es absoluto, pues si bien la parte económica está garantizada, se hace caso omiso a otras recomendaciones de estos órganos que se refieren a otras medidas (investigación, sanción, reconocimiento, etc. etc.) que también son necesarias para lograr una verdadera reparación por el daño que se les ha causado y que no son únicamente relativas a una compensación dineraria; hay que tener siempre presente que en materia de derechos humanos: “el concepto reparatorio no se agota en la compensación pecuniaria, sino que incorpora, entre otras cosas, el compromiso de establecer la verdad de los hechos, de sancionar a los responsables, de adoptar las medidas necesarias para evitar que la conducta vuelva a presentarse y de recuperar o desagraviar la memoria de las víctimas”<sup>644</sup>.

La falta de mecanismos que aseguren que el Estado colombiano cumpla a cabalidad con las decisiones de los órganos internacionales de protección, no

---

<sup>641</sup> Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2006

<sup>642</sup> Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Sentencia de fondo 12 de septiembre de 2005.

<sup>643</sup> Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Resolución de 08 de febrero de 2012.

<sup>644</sup> Juan Fernando Jaramillo y Luis Manuel Castro Novoa. “La ejecución ...”, op. cit., p. 41.

solo se debe a la regulación jurídica interna inclinada de manera preponderante al cumplimiento del aspecto económico, sino también se debe a otro tipo de obstáculos, políticos, burocráticos u otros, como la complejidad de ciertas reparaciones, que ha dado lugar a que se vaya utilizando la acción de tutela (amparo constitucional), para obligar al Estado a cumplir con esos fallos internacionales, de protección de los derechos Humanos<sup>645</sup>. Esta situación no debe obstar para seguir buscando e instituyendo otros mecanismos que aseguren a nivel interno del Estado, el cumplimiento de los fallos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

En **Bolivia**, a partir del año 1996 se inició un Plan Nacional de Acción para la promoción y protección de los Derechos Humanos, que no tuvo mayor repercusión en cuanto no existía un mecanismo interinstitucional para impulsar y promover los Derechos Humanos en el país. En el año 2003<sup>646</sup>, se emitieron las primeras normas que buscaban el establecimiento de una instancia que centralice los esfuerzos del Estado para lograr el cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales; así dentro de la estructura del Ministerio de la Presidencia se fijó la existencia de un Viceministro de Justicia, con un Director General encargado de la defensa pública y de los derechos humanos, que entre sus atribuciones estaban las de formular políticas sobre derechos humanos, vigilando su cumplimiento, desarrollo de los derechos humanos en la agenda internacional, promoviendo su difusión interna y coordinando acciones externas en esa materia, efectuando un seguimiento y difusión del desarrollo normativo del derecho en el ámbito internacional; además el 2004 se creó un Consejo Interinstitucional<sup>647</sup>, responsable de la elaboración e implementación de la Estrategia Nacional de Derechos Humanos, promoviendo la incorporación de las conclusiones y recomendaciones de los distintos Comités de Derechos Humanos y de otros órganos internacionales, efectuando un seguimiento para su cumplimiento y ejecución, realizando actividades para la aplicación de normas internacionales, promoviendo mecanismos de ejecución de sentencias, resoluciones y recomendaciones de órganos internacionales.

---

<sup>645</sup> Sentencia T-558/03, T-786/03, T-327/2004, T-524/2005 y muchas más.

<sup>646</sup> Reglamento de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, DS N° 26973 de 27 de marzo de 2003, Arts. 12-I y 13 incs. c), d) y h).

<sup>647</sup> Arts. 1, 2 y 9 del DS 27420 de 26 de marzo de 2004.

Estos esfuerzos destinados a buscar una instancia dentro del gobierno boliviano (sea una Dirección General de Defensa Pública o sea un Consejo Interinstitucional u otro), que centralice las actividades dirigidas a la ejecución y cumplimiento de fallos emitidos por órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, se ha ido diluyendo con el tiempo, al haberse dejado sin efecto las normas señaladas<sup>648</sup>.

Actualmente, dentro de la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia, es atribución del Ministro de Relaciones Exteriores representar al Estado boliviano, en instancias y tribunales internacionales, en coordinación con las entidades nacionales pertinentes; asimismo se ha determinado que es atribución del Ministro de Justicia, proponer políticas y planes de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales con las entidades territoriales autónomas, ejecutando acciones que coadyuven a su reparación e implementación<sup>649</sup>. Sin embargo esas dos instancias de gobierno (Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Justicia), no tienen atribuciones específicas que establezcan la obligación de asegurar y vigilar el cumplimiento de fallos internacionales, pues por un lado la Cancillería: "... no tiene un equipo específico y especializado en el manejo de estos asuntos ... actúa como un intermediario de correspondencia entre la CIDH o la Corte IDH y las diferentes reparticiones del Estado boliviano", asimismo los diferentes trámites son: "... atendidos por la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que, en realidad, dependiendo de la temática, los deriva a las diferentes entidades estatales"<sup>650</sup>; por otro lado dentro de la estructura del Ministerio de Justicia ya no existe un encargado de la defensa pública y de los derechos humanos, que tenga entre sus atribuciones expresas la tarea de vigilar el cumplimiento de fallos internacionales<sup>651</sup>.

No podría dejarse de mencionar la existencia de un: "Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos, Bolivia Digna Para Vivir Bien" 2009 -2013<sup>652</sup>,

---

<sup>648</sup> Así el DS 26973 de 2003 ha sido implícitamente abrogado por el DS No 29894 de 07 Febrero 2009 y el DS. 24793 ha sido abrogado expresamente por el DS No 29851 de 10 de diciembre de 2008.

<sup>649</sup> Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, art. 17 inc. w) y art. 80 inc. d).

<sup>650</sup> Guido Ibargüen B.: "Garantías para ...", op. cit. p. 111.

<sup>651</sup> Como ocurría en la previsión de los Arts. 12-I y 13 incs. c), d) y h) del DS 26973 de 27 de marzo de 2003, antes referida.

<sup>652</sup> DS N° 29851 de 10 de diciembre de 2008.

destinado a la ejecución de políticas públicas, estableciéndose que los órganos e instituciones del Estado deberán programar dentro de sus presupuestos anuales, partidas con las cuales ejecutar e implementar las acciones que sean de su responsabilidad, creándose un Consejo Nacional de Derechos Humanos, como órgano encargado de dirigir, fiscalizar, actualizar y/o modificar dicho Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos; sin embargo este órgano no tiene atribuciones específicas, como las que tuvo el referido Consejo Interinstitucional de Derechos Humanos (creado el 2004, pero que en los hechos tampoco nunca llegó a funcionar), que tenga a su cargo mecanismos de ejecución de sentencias, resoluciones y recomendaciones dadas por instancias de protección supra nacional.

Por lo manifestado, se puede afirmar que en Bolivia: "... no existe en la legislación nacional ninguna norma explícita que lo obligue a ejecutar las decisiones y recomendaciones de esos órganos"<sup>653</sup>; pues por una parte las regulaciones internas que se tienen y que se han mencionado, si bien constituyen un buen intento y avance dentro de los mecanismos con los que cuenta Bolivia, a efecto de lograr el cumplimiento de las decisiones internacionales, sin embargo no son suficientemente claras y completas a esa finalidad (cumplimiento de fallos), por otra parte, existe una falla normativa mayor en la medida que viene de una ausencia en la CPE, la misma que no tiene una regulación que de manera expresa imponga que el Estado boliviano tiene la obligación de cumplir con las decisiones de órganos supranacionales, norma que de haber existido se habría constituido en una base donde realmente se pueda desarrollar mecanismos internos de naturaleza jurídica y política que aseguren que el Estado boliviano asuma con mayor responsabilidad las obligaciones internacionales.

En consecuencia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es una materia que sea adecuada y debidamente desarrollada y aplicada en Bolivia, pues pese a los esfuerzos de ciertas instituciones del Estado boliviano, como el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y otros, no existe base normativa clara ni políticas públicas que aseguren o garanticen el efectivo cumplimiento de obligaciones decididas en sede internacional. Pese a las deficiencias mencionadas, en el caso Boliviano estudiado, no puede dejarse de

---

<sup>653</sup> Guido Iburgüen B.: "Garantías para ...", op. cit., p. 109.

mencionar las sentencias de fondo que emitió la Corte IDH en contra del Estado boliviano y los esfuerzos que ha hecho y está haciendo el Estado boliviano para lograr el cumplimiento de esos fallos internacionales, como se pasa a expresar.

Hasta la elaboración del presente trabajo, son tres los casos contenciosos que la Corte IDH (derivados de la CIDH) ha resuelto, estableciendo la responsabilidad internacional del Estado Boliviano, en los conocidos casos: “Trujillo Oroza Vs. Bolivia” (2000), “Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia” (2008), además del caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia” (2010).

En el caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, la Corte determinó que el Estado boliviano incurrió en responsabilidad internacional por violación a derechos reconocidos y garantizados por la Convención<sup>654</sup>, sobre cuya base dispuso las medidas de reparación que consideró necesarias<sup>655</sup>. Como la denuncia era por violación al derecho a la vida -entre otras-, la Corte no podía restablecer la situación anterior o disponer la libertad, pues la víctima como consecuencia de la vulneración había ya fallecido, entonces se dispuso la aplicación de otras medidas destinadas a la reparación de la lesión. Con relación a la reivindicación de la memoria de la víctima, se ordenó que el Estado publique en el Diario Oficial la sentencia sobre el fondo, se coloque el nombre de José Carlos Trujillo Oroza en un Centro Educativo de Santa Cruz y se emplee los medios para localizar sus restos y entregarlos a sus familiares. Con referencia a la garantía de no repetición de hechos se ordenó que con el fin de evitar que en un futuro ocurran hechos lesivos como los del caso, el Estado debe adoptar las medidas de protección de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención. También se ordenó que el Estado identifique, investigue y sancione a los responsables del hecho. Finalmente se ordenó que el Estado tipifique el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno.

En el referido caso Trujillo Oroza<sup>656</sup>, se decidió que por *daño inmaterial*, el Estado boliviano debía pagar ciertas sumas en dólares o su equivalente en

---

<sup>654</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 26 de enero de 2000, párrafo 41. El Estado “... incurrió en responsabilidad internacional por violaciones de los derechos protegidos por los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), todos de la Convención. ...”

<sup>655</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de Reparaciones de 27 de febrero de 2002, XI Puntos Resolutivos 1 al 6.

<sup>656</sup> Punto 7 de la parte resolutive de la Sentencia de 27 de febrero de 2002.

moneda nacional<sup>657</sup> a favor de Gladys Oroza de Solón Romero en su condición de derecho habiente de José Carlos Trujillo Oroza<sup>658</sup>; asimismo en dicha sentencia, se ha sancionado al Estado boliviano, a cancelar por concepto de daño material<sup>659</sup>.

Corresponde preguntarse ¿se dio cumplimiento a la Sentencia emitida contra el Estado boliviano?, o lo que viene a ser lo mismo ¿los mecanismos internos lograron garantizar el cumplimiento de esa decisión?. De inicio se puede aseverar que se ha dado un cumplimiento parcial a ciertos puntos resolutive de la sentencia de reparaciones y costas<sup>660</sup>, emitiéndose una resolución de cumplimiento de sentencia, por la que se resolvió requerir al Estado que adopte las medidas necesarias para el acatamiento de puntos pendientes de cumplimiento<sup>661</sup> y para que el Estado presente un informe -hasta el 04 de abril de 2008- sobre la obligación de emplear todos los medios necesarios para localizar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares<sup>662</sup>, igualmente se ha dispuesto que el Estado presente otro informe sobre el cumplimiento -hasta 1 de octubre de 2009-<sup>663</sup>, de la misma manera se ha exigido otro informe sobre el cumplimiento -hasta el 26 de marzo de 2010-<sup>664</sup> declarándose expresamente que

---

<sup>657</sup> Por daño inmaterial, se establecieron cantidades de \$us100.000.—, \$us80.000.—, \$us25.000.—, que se deberían por: **a)** los sufrimientos padecidos por él en vida; **b)** la angustia y la incertidumbre de la desaparición que le ha causado una pena gravísima; **c)** los hechos ocurridos ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido su vida; **d)** el sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas bolivianas de investigar los hechos y; **e)** por el sufrimiento moral ante la muerte cruel de su hijo.

<sup>658</sup> La parte lesionada puede ser la “víctima en forma directa”, pero no así tratándose de víctimas que son personas que han fallecido, en cuyo caso aparecen los familiares como “víctimas indirectas”, a quienes corresponde indemnizarse y compensarse pecuniariamente, como el caso del ejemplo, en el que la indemnización por los daños los recibe la madre o familiar de la víctima directa.

<sup>659</sup> Dentro del daño material, estaría el: **a)** “daño emergente”, la suma de \$us3.000.— y \$us20.000.— por concepto de gastos efectuado en la búsqueda de la víctima y gastos médicos causados por los hechos, respectivamente y **b)** por “lucro cesante”, la suma de \$us130.000.— por los ingresos dejados de percibir por la víctima, a causa de los hechos del caso. Como se señaló en el punto 8 de la parte resolutive de la Sentencia de 27 de febrero de 2002.

<sup>660</sup> Referido a la ceremonia pública para dar el nombre de la víctima a un centro educativo y el pago de costas y gastos, punto uno de la parte declarativa de la Resolución de cumplimiento de sentencia de 12 de septiembre de 2005.

<sup>661</sup> Tal la obligación de emplear todos los medios para localizar los restos de la víctima, con el fin de darle adecuada sepultura; la tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico y; la investigación, identificación y sanción a los responsables de los hechos. Puntos 2 de la parte declarativa, con relación al punto 1 de la parte resolutive, de dicha resolución de cumplimiento de sentencia.

<sup>662</sup> Punto 2 de la parte resolutive de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

<sup>663</sup> Punto 1 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de 12 de agosto de 2009.

<sup>664</sup> Punto 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de 16 de noviembre de 2009.



se mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de las obligaciones pendientes de localizar los restos e investigar los hechos.

A partir del mes de febrero de 2002, el Estado boliviano tenía seis meses para el cumplimiento de su obligación<sup>665</sup>, estamos en 2013, pero pese a ese plazo y el tiempo transcurrido hasta la fecha, no se ha dado cumplimiento total a los fallos de fondo, pues de las obligaciones que quedaban pendientes, a la fecha existen dos<sup>666</sup>. Entre las obligaciones hasta ahora incumplidas están la referida a la búsqueda y entrega de los restos de la víctima a sus familiares, lo que es difícil darse porque no se conoce exactamente dónde o en qué lugar estarían los restos; la otra medida que no se ha cumplido es el haber acabado la investigación y sanción a los responsables, pues el sistema judicial no deja de ser moroso, máxime si en ese caso particular se han dado más de 23 excusas de jueces y de fiscales<sup>667</sup>.

Otro caso que ha dado lugar a la emisión de un fallo de Fondo, Reparaciones y Costas, es el relativo al caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, en el que se pronunció la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, a través de la que se reconoció la responsabilidad internacional del Estado, por haberse violado los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida, desaparición forzada de personas, violación de garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Renato Ticona Estrada y otros; por esos reconocimientos se ha dispuesto reparaciones contra las víctimas, ordenándose se continúe con la

---

<sup>665</sup> Punto resolutivo 10 de la Sentencia de reparaciones; aunque en las normas aplicables no establecen el plazo en el que el Estado parte (boliviano) debe dar cumplimiento a la decisión, en esa jurisprudencia la Corte señaló un plazo racional de seis meses a partir de la notificación, dentro del cual, debió corresponder al Estado boliviano dar cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas en la sentencia.

<sup>666</sup> En la Resolución de supervisión de cumplimiento de 16 de noviembre de 2009, se deja constancia que se encuentran dos puntos pendientes de cumplimiento, por una parte localizar los restos mortales del señor José Carlos Trujillo Oroza, su exhumación en presencia de sus familiares, así como su entrega a éstos y por otra, investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana, identificar y, en su caso, sancionar a los responsables.

<sup>667</sup> En el sistema judicial, no podría dejar de mencionarse que el caso Trujillo Oroza, ha motivado la interposición de su madre de un Recurso de Amparo Constitucional, que ha dado lugar a la emisión de la SC 1190/2001—R de 12 de noviembre de 2002, por la que se rechazó la prescripción de acción penal alegada por los imputados, resolviéndose que: "en los delitos permanentes, la prescripción comienza a correr desde el momento en que cesa su consumación, En este orden, corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa del bien jurídico, atacado se clasifican en instantáneos y permanentes ...Que, la privación ilegal de libertad o detenciones ilegales (como es el caso de Trujillo Oroza) ... es un delito permanente; debido a que en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores, están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica (privación ilegal de libertad) y que mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa...".

tramitación del proceso penal seguido por la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada, se proceda a su búsqueda, investigándose los hechos ocurridos, sancionándose a los responsables, publicándose la Sentencia en un Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, ordenándose que el Estado pague a Honoria Estrada de Ticona y otros cantidades de sumas de dinero como indemnización por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año. Dicha Sentencia, ha dado lugar a que el Estado boliviano en 19 de marzo de 2009, presentara una demanda de interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas, que ha sido concedida por otra de 1 de julio de 2009, denominada Sentencia de Interpretación de Fondo, Reparaciones y Costas, que aclaran los términos de la principal<sup>668</sup>.

En la Sentencia de Fondo y Reparaciones (de 27 de noviembre de 2008), se dio al Estado boliviano un plazo de un año para el cumplimiento de la misma, lo que motivo al gobierno emitir el DS N° 0262 de 26 de agosto de 2009, a través del que se estableció los mecanismos financieros destinados al pago económico de las medidas indemnizatorias, dispuestas a favor de las víctimas que resultaron ser beneficiarios, disponiéndose el pago en los montos ordenados<sup>669</sup>, autorizándose al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, efectuar el traspaso presupuestario interinstitucional, a favor del presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores, además de autorizarse e instruirse al Ministerio de Relaciones Exteriores, que en coordinación con el Ministerio de Justicia, efectúe los pagos a los beneficiarios en forma íntegra.

El DS mencionado, si bien constituye una determinación destinada al real cumplimiento del fallo de la Corte IDH, el mismo se agota en el tema económico y no asegura el cumplimiento de las otras obligaciones que se ha impuesto al Estado boliviano, lo que ha motivado a la Corte IDH emita la Resolución de supervisión de cumplimiento de 23 de febrero de 2011, a través de la cual se reconoció el cumplimiento parcial del fallo, declarándose los puntos que no se han

---

<sup>668</sup> Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

<sup>669</sup> Las sumas ordenadas se refieren al monto de \$us119.000.- (para María Honoria Estrada Figueroa de Ticona), \$us117.000.- (para César Ticona Olivares), \$us104.666,66.- (para Hugo Ticona Estrada), \$us57.166,67.- (Betzy Ticona Estrada), \$us57.166,67 (para Rodo Corsino Ticona Estrada).

dado cumplimiento<sup>670</sup>, pidiendo al Estado que hasta el 07 de junio del 2011 emita un informe en el que indique que medidas asumió para asegurar el cumplimiento total del fallo.

Existe también otro caso, conocido como el de Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena, donde abreviando procedimiento, se emitió la Sentencia de 1 de septiembre de 2010 de fondo y de reparaciones, a través de la que se ha declarado al Estado boliviano responsable de haber violado los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, así como garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de los señores Rainer Ibsen Cárdenas, José Luis Ibsen Peña y otros. Por esa declaración se dispuso las medidas que debían asumirse por la lesión o la violación de los derechos, tal que el Estado inicie las investigaciones que sean necesarias para determinar, todas las responsabilidades que correspondan respecto a la tortura y vejaciones a que fue sometido José Luis Ibsen Peña, por su detención y posterior desaparición, lo mismo respecto al homicidio y desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas, también se ordeno la publicación de la sentencia por una sola vez en un Diario Oficial, asimismo se ha determinado que el Estado acuerde con los familiares de las víctimas la designación de un lugar público con los nombres de ambos, se ha fijado la obligación del Estado de pagar sumas de cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año.

Dentro del plazo del año dispuesto (en Sentencia de 1 de septiembre de 2010), el Estado boliviano pronunció el DS N° 0840 de 06 de abril de 2011 por el que establece los mecanismos financieros para las medidas indemnizatorias a favor de los beneficiarios de la Sentencia, autorizándose traspaso presupuestario a favor del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en coordinación con el Ministerio de Justicia, deben asegurar el pago de sumas de dineros<sup>671</sup>.

---

<sup>670</sup> Como es el deber del Estado de ejecutar la sentencia emitida en el fuero interno, realizando las diligencias pertinentes para hacer efectiva la captura del responsable del delito de asesinato, privación de libertad, amenazas y secuestro de Renato Ticona Estrada; también no se ha dado cumplimiento a la investigación de los hechos identificándose, juzgando y sancionando a los responsables; tampoco se ha procedido a la búsqueda de Renato Ticona Estrada de manera expedita y efectiva.

<sup>671</sup> Se fija el monto de \$us130.000.- y de \$us80.000.- (a favor de los derechohabientes de Rainer Ibsen Cárdenas) por concepto de daño material y compensación por concepto de daño inmaterial;

Nuevamente se evidencia que la determinación del Estado boliviano se ha quedado en el marco de las indemnizaciones económicas que no aseguran el cumplimiento de las demás obligaciones dispuestas por la Corte IDH, en contra el Estado boliviano. No existe a la fecha una sentencia de supervisión sobre el cumplimiento de la sentencia de fondo, reparaciones y costas.

En los casos que se comentan, no se ha dado cumplimiento total a lo señalado en las Sentencias de la Corte IDH, la razón probablemente se deba a que en Bolivia no existe una instancia técnica especializada que se encargue de esos temas y se diluye la responsabilidad en reparticiones que de una u otra manera están involucradas, por desconocimiento de procedimientos de la materia, por falta de normativa interna expresa, además por la falta de voluntad de las autoridades de cumplir a cabalidad con sus funciones. Por ello se manifestó que en materia de reparaciones e indemnizaciones: “existe todavía deficiencias en las legislaciones internas para establecer un procedimiento adecuado para el cumplimiento de las sentencias condenatorias”<sup>672</sup>, siendo imperioso que por lo menos se vayan emitiendo normas internas que fijen un determinado procedimiento destinado a lograr el cumplimiento de las Sentencias de la Corte IDH, a partir de ese esfuerzo normativo interno se pueden dar las bases para exigir a las autoridades de gobierno voluntad política para cumplir indemnizaciones que vienen de órdenes internacionales.

### **III.2.2 Cosa interpretada (efecto *erga omnes*)**

Por la cosa juzgada, o de los efectos inmediatos y directos frente a las partes del proceso o de los efectos *inter partes* de las sentencias y decisiones emitidas por los órganos de protección internacional, se tiene que los fallos de la Corte IDH sólo obligan a las partes que intervinieron en el proceso, quedando el

---

de \$us75.000.- y \$us80.000.- (a favor de los derechohabientes de José Luis Ibsen Peña) por concepto de daño material y como compensación por concepto de daño inmaterial; de \$us5.000.- y de \$us40.000.- (a favor de Rebeca, Tito y Raquel Ibsen Castro) por los gastos incurridos y como compensación de las violaciones declaradas; de \$us15.000.- (a favor de Rebeca Ibsen Castro) por concepto de costas y gastos incurridos en el proceso penal interno; de \$us 10.000.- (favor de Tito Ibsen Castro) por concepto de costas y gastos incurridos por el proceso ante el Sistema Interamericano y; de \$us50.000.- (favor de Martha Castro Mendoza) como compensación por concepto de daño inmaterial.

<sup>672</sup> Héctor Fix-Zamudio: “Introducción a la ...”, op. cit., p. 562.

Estado demandado obligado a su cumplimiento; corresponde ahora preguntarse ¿cuándo se producen los efectos *erga omnes* o los efectos generales e indirectos, de una decisión emitida por la Corte IDH, destinada a todos los Estados partes en la CADH, así como a otras personas sin ser parte de un proceso internacional determinado?, para responder esa pregunta, se pasa a expresar lo que se detalla a continuación.

Las sentencias emitidas por la Corte IDH son definitivas e inapelables, por lo que una vez pronunciadas, los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes<sup>673</sup>; es decir que los fallos interamericanos se convierten en sentencias ejecutoriadas, firmes e inamovibles, con calidad de cosa juzgada, por tanto de obligatorio cumplimiento y ejecución, por parte del Estado interamericano condenado.

Ahora bien, si las sentencias son obligatorias, los Estados están jurídicamente constreñidos a acatar las mismas, obligación que debe ser entendida por una parte, como una obligación de carácter jurídico específico, destinada a poner fin a la lesión de un derecho denunciado como vulnerado, activándose todos los mecanismos para que el Estado responsable -en el caso concreto-, proceda a la *restitutio in integrum* de la persona lesionada en su derecho<sup>674</sup>; a su vez, la obligación debe ser entendida como una de carácter general, que provoca que todos los Estados partes de la OEA queden vinculados a la interpretación de la Corte IDH, cuando se enjuicia una norma que tiene alcance general.

Aquellas decisiones internacionales con alcance general, se encuentran vinculadas a lo que en doctrina se conoce como “cosa interpretada”, referida a los efectos *erga omnes* o efectos generales e indirectos de los fallos de la Corte IDH; este análisis debe partir del contenido normativo de la Convención, que señala que cualquier Estado parte de la OEA (haya o no ratificado la CADH), podrá consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados

---

<sup>673</sup> Arts. 67 y 68.1 de la Convención Americana.

<sup>674</sup> La *restitutio in integrum*, se refiere a la obligación que tiene un Estado responsable de la violación de un derecho convencional, que alcanza a: poner fin a la violación (si es que esta sigue produciéndose), restablecer la situación original (si es posible), compensar al afectado por los daños causados, y evitar que se vuelva a producir la lesión denunciada.

americanos<sup>675</sup>; asimismo la Corte IDH con relación a los Estados que han asumido su competencia, puede conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención<sup>676</sup>.

A partir de la regulación normativa señalada, se tiene que a través de los fallos de la Corte IDH, no solo se otorga protección individual a las personas cuando los Estados han vulnerado sus derechos convencionales, sino que también se otorga protección general al cuidar que el orden público interamericano, sea protegido y respetado por todos, realizando al efecto una actividad preventiva o actuando con efectos *pro futuro*, en la medida que la Corte IDH, a través de sus decisiones dice a las autoridades públicas de los Estados Partes, la manera o la forma en la que deben entender y aplicar la CADH, con la finalidad de evitar más vulneraciones o violaciones a los derechos en ella consagrados.

Por ello, los fallos internacionales, van más allá de la cosa juzgada concreta o supera el carácter reparador de la sentencia, al tener efectos mucho más amplios y respecto a todos (*erga omnes*). Obligaciones *erga omnes* de protección que puede tener una doble dimensión: horizontal y vertical, en su dimensión horizontal, dichas obligaciones: “son debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco de la Convención Americana en particular, son obligaciones *erga omnes partes*”<sup>677</sup>; a su vez, en su dimensión vertical, la obligación *erga omnes* de protección se da en: “el sentido de que dichas obligaciones vinculan no sólo a los órganos y agentes del poder público, como también a los simples particulares en sus relaciones inter se.”

Esta doctrina tiene como antecedente el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, en el que también se estableció la necesidad de: “la adecuación de las jurisdicciones, y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento de los derechos convencionales que se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo.”<sup>678</sup>, es precisamente el Tribunal de Estrasburgo que en el caso *Marckx contra Bélgica* en 1979, entendió que era

---

<sup>675</sup> Art. 64.1 de la Convención Americana.

<sup>676</sup> Art. 62 incs. 1 y 3 de la Convención Americana.

<sup>677</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la búsqueda de la realización del Ideal de la Justicia Internacional* (on line en: [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010\\_1.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_1.pdf)), p. 63.

<sup>678</sup> Alejandro Sáiz Arnáiz: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El art. 10.2 CE de la Constitución Española, Madrid, 1999, p. 143.

inevitable que sus sentencias generasen efectos más allá de los confines del caso en cuestión, sobre todo cuando tienen origen directo en disposiciones de carácter general y no en actos de implementación<sup>679</sup>, siendo ese fallo un hito, pues es el primero que evidencia los efectos indirectos de las sentencias internacionales (*erga omnes*, cosa interpretada), en la medida que: “los efectos de la sentencia no solo repercuten sobre las partes del proceso ante el TEDH y el reclamante particular, sino también sobre los demás sometidos a dicha norma general”<sup>680</sup>; en esa línea se pronunció la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17/02, en la que al referirse al contenido de dicha opinión se señala que en la misma se: “da un notable aporte a la construcción jurisprudencias de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana”<sup>681</sup>.

Asimismo, dicho tribunal internacional, entendió que: “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la CADH ... la fuerza de su decisión al ... enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán -de principio- el mismo valor de la norma interpretada...”<sup>682</sup>, esa es la razón por la que se puede hablar de las interpretaciones auténticas de la CADH y otros tratados, que realiza Corte IDH, interpretaciones que: “pasan a formar parte integrante de la Convención misma, ya que en lo sucesivo ésta (la Convención Americana) debe ser leída conforme a la interpretación establecida en dichas decisiones”<sup>683</sup>.

La doctrina de la cosa interpretada, cumple ciertas funciones, tales: **a)** dar sentido y coherencia a todas las normas de protección regional, con relación a derechos y garantías de las personas que forman parte de los distintos Estados; **b)** buscar un trato igualitario a todas las personas -que aunque formen parte de distintos Estados-, sean resueltos sus casos con la misma óptica de protección y de manera igual en situaciones similares y; **c)** asegurar un mínimo de certeza o de seguridad jurídica a tiempo de otorgarse protección a los derechos humanos,

---

<sup>679</sup> Caso Marckx contra Bélgica en 1979, párr. 58

<sup>680</sup> Carlos Ruiz Miguel: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre las relaciones entre los Derechos nacional e internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 51,

<sup>681</sup> Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, en la OC 17/02 de 28 de agosto de 2002, que se refiere a la condición jurídica y derechos humanos del niño.

<sup>682</sup> Este razonamiento partió de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que declaró la inconstitucionalidad del art. 22 de la Ley Orgánica de Periodistas -que exigía la colegiación de los periodistas para ejercer funciones-, fundando su resolución en jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana en la OC-5/85.

<sup>683</sup> Carlos M. Ayala Corao: “La ejecución ...”, op. cit., p. 134.

cuando estos han sido injustamente violados, propiciando cierta estabilidad en la aplicación de las normas que son parte del SIDH.

El derecho a la certeza jurídica, se encuentra relacionado con el derecho a la igualdad “ante ley”, que -como una prohibición de trato arbitrario- se encuentra consagrada en el art. 24 de la CADH, que establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. ...”, noción que refleja la necesaria existencia de igualdad de trato, en la medida que: “la ley no solo es universal y va dirigida a todos los ciudadanos sino que, además y en principio, tiene que tratar a todos los ciudadanos por igual ... pues .. la ley, como producto que es de los poderes públicos debe tratar a todos por igual”<sup>684</sup>, es decir que la igualdad, implica el derecho de toda persona a recibir igual trato frente a los actos del poder público en general y, del poder u órgano jurisdiccional en particular.

Una de las manifestaciones de la igualdad “ante la ley”, es la relativa a la igualdad “en la aplicación de la ley”, que significa que: “un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello y una fundamentación suficiente y razonada”<sup>685</sup>, o lo que es lo mismo, la ley debe ser interpretada y aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador e intérprete (administrador de justicia nacional o internacional) pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley, solo en caso de considerarse que deba introducirse una diferencia en el trato, debe existir una suficiente justificación de la diferencia de trato que aparezca como fundada y razonable.

El trato igualitario “ante la ley” y en la “aplicación de la ley”, no solo es un deber de las autoridades internas de un Estado, sino también de las autoridades encargadas de proteger derechos a nivel internacional, como es la Corte IDH, que en las interpretaciones que realiza a tiempo de resolver una causa, tiene la obligación de dar trato igual a todas las personas que están en igual situación; de

---

<sup>684</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula general de la igualdad” en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8va. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 158.

<sup>685</sup> STC 49/1982, cit. Nieves Corte Heredero: “Breviario de Jurisprudencia Constitucional en materia laboral: el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE)”, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 28).



ahí que el derecho a la igualdad de trato, por tanto la certeza jurídica, son cuestiones que se deben dar no solo frente a los Estados partes, sino también frente a órganos de protección internacional, como es la Corte IDH.

Igualdad y certeza que se encuentran relacionadas con el carácter vinculante de la cosa interpretada, que implica que los fallos de la Corte IDH, llegan a adquirir efectos *erga omnes*, indirectos, preventivos o pro futuro, porque: “la interpretación de los hechos, el valor de las pruebas, de los artículos de la Convención aplicados y los dispositivos del fallo, incluidas las medidas reparatorias acordadas, pasan a tener el efecto de cosa juzgada no sólo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos”<sup>686</sup>.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional del Perú manifestó que las sentencias de la Corte IDH: “resulta vinculante para todo el poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado no ha sido parte en el proceso”<sup>687</sup>; es que por el efecto de la cosa interpretada de los fallos de la Corte IDH (*erga omnes*), se tiene que las decisiones de este tribunal internacional son vinculantes: “no solo en su parte decisoria que afecta al país procesado específicamente (cosa juzgada), sino en sus consideraciones o *ratio decidendi* (cosa interpretada), en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de la normas de la Convención”<sup>688</sup>.

Este análisis no resultaría completo, si es que no se revisara, aunque sea rápidamente, unos ejemplos que evidencian el carácter vinculante *erga omnes* de los fallos de la Corte IDH, en cuanto se refiere a la cosa interpretada, que se encuentra en sus consideraciones o *ratio decidendi*, que resultan ser obligatorias para todos los casos que correspondan ser resueltos por la jurisdicción internacional (otros casos) al otorgar o no la protección de tal o cual derecho convencional dentro del ámbito interno de un Estado; a su vez, y en el mismo sentido, hay ejemplos que demuestran como la jurisprudencia de los Tribunales y Corte Constitucionales estudiados, han ido asimilado en un sin fin de sus fallos estatales o nacionales, las interpretaciones que sobre un derecho convencional, ha dado la Corte IDH, como se pasa a constatar.

---

<sup>686</sup> Carlos M. Ayala Corao: “La ejecución ...”, op. cit., p. 135.

<sup>687</sup> Expediente 2730-2006-PA/TC, Sentencia de 21 de julio de 2006, fundamento 12.

<sup>688</sup> Ramiro García Falconí: “Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. Cevallos, Quito, 2011, p. 78.

Uno de los primeros fallos de la Corte IDH, es el relativo al Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, que estableció la responsabilidad del Estado para investigar, sancionar y reparar la violación de derechos consagrados en la Convención<sup>689</sup>, a partir de ese fallo interamericano, la misma Corte IDH a tiempo de resolver otras causas, podrá declarar la responsabilidad del Estado Parte que no cumple con esa obligación internacional (de investigar, sancionar y reparar por violaciones de derechos convencionales), condenándolo a su cumplimiento. Otro ejemplo es el caso Mauricio Herrera Vs. Costa Rica, que estableció que los Estados parte tienen el deber de garantizar, un recurso de revisión pleno y efectivo ante una sentencia condenatoria de primera instancia<sup>690</sup>, a la inversa y en lo futuro a lo establecido en dicho fallo, en aquel caso de un Estado que no cuenta con un medio de impugnación efectivo y real, por ese hecho corresponderá a la Corte IDH fijar la responsabilidad internacional del Estado que no goza con un instrumento de esa naturaleza.

Desde otra perspectiva, pero en la misma línea, se tiene que la Corte Constitucional de Colombia, al resolver procesos jurisdiccionales en los que se denuncia la violación de algún derecho protegido por la CADH, a fin de dar un fallo justo, vino acogiendo de manera expresa, ciertos criterios expresados en la jurisprudencia de la Corte IDH, en casos en los cuales ese Estado no ha sido parte, como se ha dado en aquellos casos en los que se ha reiterado la inadmisibilidad de las amnistías y “autoamnistías”, en mérito a que los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, no podían ser beneficiados con amnistías e indultos, es que: “...el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>691</sup>, como se estableció en el Caso Barrios Altos Vs. Perú. De similar manera, en otro caso en el que se reconoció la inadmisibilidad de auto amnistías u otras formas que no permitan un recurso judicial efectivo, citando expresamente la Sentencia de la Corte IDH, relativa al Caso de Barrios Altos Vs. Perú<sup>692</sup>.

---

<sup>689</sup> Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

<sup>690</sup> Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 02 de julio de 2004.

<sup>691</sup> Sentencia C-695/02 de 28 de agosto.

<sup>692</sup> Sentencia C-578/02 de 30 de julio.

El Tribunal Constitucional de Perú, tampoco ha estado ajeno a la aplicación expresa de la jurisprudencia de la Corte IDH, en aquellos casos en los cuales ese Estado no ha sido parte; así el Tribunal peruano en el Expediente N° 2798-04-HC/TC, ha recibido y aplicado la jurisprudencia interamericana, protegiéndose el derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y obligación de las autoridades de desarrollar los procesos judiciales, siendo parte de los fundamentos para llegar a esa decisión, los fundamentos que se utilizaron en el Caso Bulacio Vs. Argentina, refiriéndose al sentido y la seriedad de la obligación de investigar; asimismo con relación a la desaparición forzada de personas, también en coherencia con la jurisprudencia de la Corte IDH (caso Barrios Altos Vs. Perú), el Tribunal estableció que se trata de un delito permanente<sup>693</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en muchos fallos se asumió la interpretación que ha dado la Corte IDH en otros casos; por ejemplo con relación a las medidas cautelares de naturaleza personal, justificables en cuanto sean necesarias, en SC 0702/2012 se hace referencia expresa al fallo de la Corte IDH de 1 de febrero de 2006 (dentro del caso López Álvarez vs. Honduras), en el que se sostuvo que: "...la restricción de derechos del detenido ... solo se justifica la restricción de un derecho humano cuando es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática"; en ese mismo fallo constitucional, al referirse a los derechos de las personas privadas de libertad que no pueden estar supeditado a la disponibilidad de recursos, se hizo mención a otras sentencias de la Corte IDH, tal la de 3 de abril de 2009 dentro del caso Kawas Fernández vs. Honduras, en la que se señaló: "...los estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano".

Otros casos se tienen en la SS.CC 140/2012 y 0142/2012, en las que hace mención al debido proceso, reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano, dentro del ejercicio de la actividad sancionadora del Estado; en dichos fallos se asume expresamente los criterios de la Corte IDH, referido a la Sentencia de 2 de febrero de 2001, pronunciada en el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, en el que se entendió que: "... cualquier actuación u

---

<sup>693</sup> Exp. N° 2798-04-HC/TC, Sentencia del 9 de diciembre de 2004.

omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal ... no estando la administración excluida de cumplir con este deber.”; en esas mismas SSCC también se hizo mención y se transcribió textualmente, el mismo razonamiento, pero con relación a la Sentencia de 31 de enero de 2001, pronunciada por el mismo órgano interamericano, en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.

En cuanto a los presupuestos de la restricción del derecho a la libertad de locomoción, en SC 1869/2011-R, al igual que en SC 1919/2011-R, se asumió la jurisprudencia de la Corte IDH, relativa a la Sentencia de 21 de enero de 1994, caso Gangaram Panday Vs. Surinam, en el que la Corte señaló: “...Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”.

Con referencia al derecho a la integridad personal, el Tribunal Constitucional en SC 1891/2011-R, asumió el razonamiento de la Corte IDH, en el caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (Sentencia de 21 de junio de 2002), que los prisioneros, tuvieron una condición que constituye tratos crueles, inhumanos o degradantes y afectan su integridad física y psíquica, a partir de esa interpretación, el TC llegó a la conclusión que el derecho a la integridad personal conlleva el deber de no maltratar, no ofender, no torturar, ni comprometer la integridad física, psicológica y sexual de las personas, como garantía del respeto que se le tiene a la dignidad humana, estrechamente ligada con los más altos valores sociales que fundamentan también la protección del derecho a la vida.

Se podría seguir haciendo mención a las SSCC en las que el Tribunal Constitucional de Bolivia se refiere a casos concretos que se han tramitado en la Corte IDH, que estableció responsabilidad internacional de un Estado que no es el boliviano, sin embargo no es ese el objeto del presente trabajo. En todo caso, es necesario dejar sentado que los razonamientos o las *ratio decidendi* o las interpretaciones que se han dado en dichos fallos internacionales, por los efectos generales, indirectos o *erga omnes* y la vinculación que de ellos emana, han sido asimilados y aplicados como una obligación internacional por el Estado boliviano, Peruano y Colombiano.

### III.2.2.1 *Control de convencionalidad*

Estrechamente relacionado al carácter vinculante *erga omnes* de la “cosa interpretada” (que asegura la certeza e igualdad jurídica en las relaciones), está el desarrollo de la doctrina del “control de convencionalidad”, según la cual las autoridades jurisdiccionales (internacional y estatal o, Corte IDH y Cortes o Tribunales Constitucionales de cada uno de los Estados), tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, contrastando si la normativa interna de un Estado que se aplica a un caso concreto, resulta ser compatible o no con la CADH u otros Tratados de DH, con el aditamento que cuando la contrastación corresponda ser realizada por las autoridades jurisdiccionales estatales, éstas además consideraran la interpretación que de los derechos convencionales hubiere realizado la Corte IDH en su jurisprudencia, como un parámetro más para ejercer el control de convencionalidad.

Debe tenerse en cuenta que esas autoridades públicas de cada Estado: “antes que nada -y esto es obvio- deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas”<sup>694</sup>, control de constitucionalidad que implica una contrastación entre la norma fundamental y otras previsiones que están subordinadas a la Constitución, dándose preeminencia a la última; a su vez, el control de convencionalidad, que realizan las autoridades jurisdiccionales internas, se efectúa por una comparación entre la CADH y demás instrumentos internacionales con las normas internas de cada Estado, dándose prioridad a las primera.

La obligación que asumen las autoridades jurisdiccionales (internacional y estatal), de ejercer un control de convencionalidad, parte del hecho de reconocer la fuerza con la que se ha ido imponiendo el derecho internacional de los derechos humanos en el contexto mundial, donde se van consolidando: instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de mucha

---

<sup>694</sup> Juan Carlos Hitters: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, p. 122.

valía por su carácter esencialmente protector; órganos de protección internacional con reconocido prestigio y respeto internacional; decisiones jurisdiccionales de carácter internacional debidamente razonadas y con una tendencia muy protectora de los derechos humanos; todas las que sin pretexto alguno, van ingresando con fuerza al contexto interno de cada uno de los Estados, que van adecuando su ordenamiento interno a los márgenes convencionales, sus actuaciones jurisdiccionales reconocen la vigencia y aplicación de las normas internas e internacionales en defensa de los derechos humanos, autoridades que no se alejan y siguen de cerca los razonamientos internacionales; todo lo que va formando un sólido sistema internacional y estatal de protección de los derechos humanos, aunque esos sistemas no sean plena ni perfectamente consolidados, porque no se ha llegado todavía a ese grado de desarrollo.

En ese escenario, con todas las ventajas y falencias que puede tener, tratándose del SIDH, se sustenta en las normas de carácter internacional, habiéndose referido la Corte IDH a la naturaleza de un Tratado de DH en general y a la CADH en particular, señalando en su Opinión Consultiva N° 2/82 que: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana ... Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos ... los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>695</sup>; lo que implica que lo que prima no es el interés de cada uno de los Estados, sino de las personas, pero por encima de todo está el interés común.

Cuando una norma interna (abstracta, no aplicable a un caso concreto) de un determinado Estado, resulta ser violatoria de la CADH, se abre la “competencia consultiva” de la Corte IDH, en mérito a la facultad que le otorga el art. 64.2 de dicha Convención, según el cual cualquier Estado de la OEA (haya o no ratificado la CADH), podrá acudir ante el órgano internacional de protección de los derechos, solicitando se de opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas, con relación a los instrumentos internacionales.

Tratándose de la “competencia contenciosa” de la Corte IDH, el análisis del control de convencionalidad, debe realizarse desde una óptica diferente a la

---

<sup>695</sup> OC 2/82 de 24 de septiembre de 1982, relativa al Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana, párr. 29.

señalada competencia consultiva. Pues bien, una vez que el caso llega a esa instancia previo procedimiento pertinente, corresponde a la Corte IDH dar una decisión en el caso concreto, primero determinando si el acto que se imputa al Estado como violatorio de los derechos, constituye o no una violación de los derechos y garantías convencionales; segundo, en caso de llegarse a una respuesta afirmativa, dispondrá el goce del derecho a favor de la víctima (de ser eso posible), ordenándose se reparen las consecuencias del acto violatorio, mandando que el legislativo suprima, sancione o modifique la ley, de constatar la existencia de una norma interna contraria a la CADH, norma que si bien es aplicable al caso concreto que viene tramitándose de manera contenciosa, sin embargo el control de convencionalidad termina siendo uno de carácter abstracto o difuso, porque alcanza a esa ley de inicio vigente, que termina siendo modificada, etc. y que no se aplicó todavía a otros casos concretos.<sup>696</sup>

En consecuencia, con relación al proceso contencioso que conoce la Corte IDH, se ha llegado a establecer que el “control de convencionalidad” en el ámbito internacional, es un control abstracto, respecto de leyes vigentes, pero no aplicadas a un caso concreto, control que se: “ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH, aunque sin ser rotulada sino hasta hace relativamente poco tiempo, como control de convencionalidad”<sup>697</sup>. Entre las decisiones que se constata un control de convencionalidad, pero todavía sin el rótulo de tal, están antiguos fallos de la Corte IDH, como en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador de 1997, al igual que en el Caso Castillo Petrucci Vs. Perú de 1999<sup>698</sup>; como así reconoció de manera expresa el Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que en su voto razonado del Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México de 2010, se señaló que: “de la práctica (ha existido) el control difuso de convencionalidad ... en sintonía (ahora) con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países

---

<sup>696</sup> Muchos son los casos en ese sentido, tal el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, en Sentencia de 21 de noviembre de 2007, entre tantos otros.

<sup>697</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 21. La doctrina del control difuso de convencionalidad, ha partido de unos votos razonados que se efectuaron el 2003, y de la Sentencia Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, como se detallará seguidamente.

<sup>698</sup> Así se estableció en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997; al igual que en el Caso Castillo Petrucci Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

latinoamericanos”<sup>699</sup>, jurisprudencia que actualmente es muy extensa -y que se la ha ido e irá nombrando oportunamente-, en la que una vez constatada la violación, la Corte IDH dirigiéndose al Estado infractor, dispone que: “deberá adoptar ... las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con ... la Convención ... deberá adoptar ... las reformas legislativas para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con ... la Convención”, como no hace mucho se declaró en el Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos de 2009<sup>700</sup>, en ese sentido muchísimas otras.

Por tanto, cualquiera que sea la competencia de la Corte IDH (consultiva o contenciosa), en sede internacional, tiene la obligación de realizar un control de convencionalidad, referido: “Al control de las modalidades de adecuación de normas, decisiones y mecanismos jurídicos nacionales a la Convención”<sup>701</sup>, control que está a cargo del juez internacional, a quién corresponde verificar la adecuación de las normas internas de un determinado Estado (en forma abstracta, tratándose de competencia consultiva y en forma concreta, tratándose de competencia contenciosa) a la CADH y demás tratados de protección de los derechos humanos.

No se queda en sede internacional, el control de convencionalidad, sino que se extiende en sede nacional, cuando la fiscalización convencional la realizan las autoridades jurisdiccionales de cada uno de los Estados, como no hace mucho tiempo atrás, entendió la jurisprudencia interamericana. Abarca dos ámbitos, por un lado corresponde al juez local: “verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH y otros tratados ...(y) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales”<sup>702</sup>.

Por otra parte, también en sede nacional, se tiene que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la CADH, conforme prevé el art. 2 de la CADH; a partir de esta obligación, surge la actividad fiscalizadora del juez nacional contralor de la convencionalidad, cuando constata que el Estado no ha

---

<sup>699</sup> Caso Cabrera García Montiel Flores, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 83.

<sup>700</sup> Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, punto dispositivo contenido en el ap. 10 y 11 de la parte decisoria del fallo, respectivamente.

<sup>701</sup> Ramiro García Falconí: “Son obligatorias ... p. 76.

<sup>702</sup> Op. cit. supra.



cumplido con ese su deber, en cuyo caso dispondrá se adopten las medidas legislativas pertinentes y todas las otras medidas necesarias: “incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra”<sup>703</sup>, adecuadas a los estándares internacionales, de protección de los derechos humanos.

La doctrina del “control de convencionalidad”, como tal, ha sido generada y desarrollada en el seno de la Corte IDH, habiéndose: “afirmado (consolidado) en el marco de los ordenamientos hispanoamericanos, bien para iniciativas ante los jueces estatales, bien como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte IDH”<sup>704</sup>, es decir que esta doctrina del “control de convencionalidad” es un desarrollo de la jurisprudencia del SIDH, aunque pueda tener puntos de contactos con otros sistemas de protección en el mundo.

El criterio del “control de convencionalidad” ha sido teorizado por el ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quién el 2003, en voto concurrente del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala -que se considera hito-, al referirse a la responsabilidad global del Estado señaló que éste no se puede sustraer: “de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”<sup>705</sup>.

Posteriormente, el mismo ex juez, en el Caso Tibi Vs. Ecuador de 2004, señaló que la Corte IDH: “analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptada por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía”<sup>706</sup>; el mismo magistrado en el Caso López Álvarez Vs. Honduras de 2006 entendió que la Corte IDH al ser el órgano que practica el “control de convencionalidad”, debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso, verificando la compatibilidad entre la

---

<sup>703</sup> Op. cit. supra, p. 40.

<sup>704</sup> Guiseppe de Vergottini: *Más allá ...*, op. cit., p. 112.

<sup>705</sup> Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

<sup>706</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 3.

conducta del Estado y las disposiciones de la Convención<sup>707</sup>; ese ex Magistrado en otro voto razonado en el Caso Vargas Areco Vs. Paraguay de 2006, entendió que el “control de convencionalidad” que realiza la Corte IDH, está fundado en la confrontación entre el hecho interno (por ejemplo: leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales) y las normas de la Convención, para resolver: “si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza”<sup>708</sup>.

Resulta también importante analizar que el “control de convencionalidad” que realiza la Corte IDH no se limita a las leyes internas de un determinado Estado, sino que además alcanza hasta las Constituciones Políticas Estatales, en la medida que las mismas forman parte del derecho interno de un Estado, así cuando una Constitución contiene normas contrarias a la Convención es susceptible de control, como sucedió en el Caso La última Tentación de Cristo Vs. Chile de 2001, en el que se reconoció que el art. 19, n° 12, de la Constitución chilena establecía la censura previa, violando el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención, por lo que se dispuso que el Estado debía: “modificar su ordenamiento jurídico interno ... con el fin de suprimir la censura previa ...”<sup>709</sup>. Todos estos razonamientos, se están refiriendo al alcance del “control de convencionalidad” que realiza la Corte IDH, dentro de la tramitación de un proceso contencioso, en sede internacional.

Con relación al control difuso o abstracto de convencionalidad, en sede interna, recién aparece en la jurisprudencia, en una sentencia que se emitió el 2006, en el conocido caso Almonacid Arellano Vs. Chile, en el que se expresó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>710</sup>, “De este modo, el parámetro

---

<sup>707</sup> Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia 01 de febrero de 2006, párr. 30.

<sup>708</sup> Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 6 y 7.

<sup>709</sup> Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile de 2001, Sentencia de 05 de febrero de 2001, párr. 72, 73, punto resolutivo 4.

<sup>710</sup> Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; en igual sentido Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173; Caso

para la determinación de la "convencionalidad" de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH"<sup>711</sup>.

La Corte IDH profundiza el alcance del control de convencionalidad en sede nacional, cuando diferenciando lo que es el control de constitucionalidad, reconoce de manera expresa, la potestad que tienen las autoridades jurisdiccionales de un determinado Estado, de realizar un control de convencionalidad de oficio (constitucionalidad no es lo mismo que convencionalidad), sin que esto impida que también se haga a pedido de parte, como se detallo en el Caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú de 2006, cuando se indicó que: "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 CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"<sup>712</sup>.

Las regulaciones procesales que puede tenerse en un determinado Estado, no pueden permitir que la Convención se vea mermada o disminuida por la aplicación de las normas contrarias a su objeto y fin, como se señaló en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México de 2010, en el que se estableció que cuando: "un Estado es Parte de ... la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin"<sup>713</sup>, esto debería entenderse en sentido de que: "aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia"<sup>714</sup>, en el ejemplo, el derecho de acceso a la justicia (puede ser cualquier derecho) cuyo ejercicio no

---

Rosendo Cantú y otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e IbsenPeña Vs. Bolivia, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

<sup>711</sup> Ezequiel Malarino: "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011, p. 428.

<sup>712</sup> Caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; igual en Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>713</sup> Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>714</sup> Resolución 505/2009, el 21 de enero de 2010, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, punto I.4º.A.91 K, razonamiento que se encuentra publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

puede ser impedido, ni siquiera por la existencia de las regulaciones procesales, que no pueden servir para disminuir los efectos y los mandados de la CADH.

### **III.2.2.2 Seguimiento nacional o interpretación conforme**

Luego de las apreciaciones generales que se han efectuado del control de convencionalidad (en sede internacional y nacional), por razones académicas, se analizará con mayor profundidad, la forma del control de convencionalidad, que se realiza dentro del marco interno de un determinado Estado, que -como se manifestó- está a cargo de las autoridades jurisdiccionales estatales, que asumen el deber de contrastar si las normas jurídicas internas de su Estado se adecúan o no a las normas de la CADH y de otros instrumentos de protección de los derechos humanos, así como también deben contrastar si esas normas que se aplican a casos concretos por autoridades públicas, se adecuan o no a la interpretación que de las normas convencionales y de tratados de DH ha dado la Corte IDH. Ese control de convencionalidad en el marco interno de cada uno de los Estados, es *strictu sensu*, la conocida doctrina del “seguimiento nacional” o de la interpretación conforme.

En esa virtud, se tiene que, las autoridades estatales, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, deben seguir los entendimientos de los derechos convencionales, que han sido interpretados por la autoridad supra estatal en las sentencias que emita; es que: “la labor de los tribunales constitucionales como intérpretes ... (de los) derechos fundamentales no puede desentenderse de las obligaciones internacionales que emanan del acervo que supone la extensa y transversal doctrina del TEDH”<sup>715</sup> o de la Corte IDH; es decir que los órganos jurisdiccionales estatales son los primeros destinatarios del razonamiento que sobre interpretación de derechos, consta en las sentencias de la Corte IDH o del Tribunal de Estrasburgo, por lo que los tribunales constitucionales o supremos, deben asumir como obligatorios los criterios interpretativos que van dando los órganos de protección internacional de los derechos humanos.

Los fundamentos que justifican el nacimiento y desarrollo de esta doctrina del “seguimiento nacional” (control de convencionalidad dentro del marco interno

---

<sup>715</sup> Javier García Roca: “El diálogo entre ...”, op. cit., p. 210.

de un Estado), tiene en cuenta el: “reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, en cuanto a interpretación de derechos humanos”<sup>716</sup>, además no está ajeno a la justificación el principio de economía procesal, en la medida que es previsible que: “si un tribunal nacional se aparta del entendimiento dado en un caso anterior por la Corte IDH a un derecho enunciado en el Pacto de San José, el afectado podría provocar, subiendo la escalera procesal del caso, la invalidez del fallo local”<sup>717</sup>.

La Corte IDH indicó que su jurisprudencia: “debe constituirse una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas”<sup>718</sup>, este razonamiento se constituye en el precedente del expresamente denominado “control de convencionalidad en el ámbito interno de un Estado”, cuando en el referido caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, se manifestó que: “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”<sup>719</sup>.

El que las autoridades jurisdiccionales estatales (constitucionales o supremas), tengan la obligación de seguir la interpretación de los derechos consagrados en la CADH, que ha sido desarrollada por la Corte IDH, es un razonamiento permanente; pero ese razonamiento ha ido mucho más allá, pues no se limita a la vinculatoriedad de su interpretación, con relación a las autoridades del órgano judicial, señalándose que:

“no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida - insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones

---

<sup>716</sup> Néstor P. Sagüés. “La interpretación...”, op. cit., p. 44.

<sup>717</sup> Cit. supra.

<sup>718</sup> Resolución de 24 de junio de 2005, emitida por la Corte IDH, a la solicitud de opinión consultiva que fue presentada por la CIDH, párr. 13.

<sup>719</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párr.124.

fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.”<sup>720</sup>.

Razonamiento que implica que el carácter vinculante de la interpretación de la Corte IDH va a todas las autoridades del poder público (no solo judiciales), que tienen la obligación de tener en cuenta sus criterios de interpretación en las leyes (legislativo), políticas (ejecutivo), sentencias (judicial), etc.

Completando esa apreciación tan amplia, el Juez de la Corte IDH García Sayán, en un voto concurrente manifestó:

“Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en la cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita”<sup>721</sup>.

Lo señalado, evidencia un razonamiento marcado dentro de la doctrina del seguimiento nacional, en la medida que el fallo internacional provoca efectos (*erga omnes*) más allá del caso concreto, debiendo las autoridades nacionales (ejecutivo, legislativo y judicial) nutrirse y asimilar la jurisprudencia de la Corte que interpreta derechos convencionales, dentro de un proceso denominado como el de la nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos, que como se dijo, no viene a ser otra cosa que un control de convencionalidad en márgenes estatales, provocándose entre el Tribunal internacional con el nacional, un necesario diálogo comunicación e interacción, que solo se puede comprender a partir de la casuística que se pasa a señalar.

En el ámbito de esta doctrina del “seguimiento nacional” o control de convencionalidad en el ámbito nacional, se tiene que la Corte IDH continúa siendo el organismo internacional por excelencia encargado de interpretar la CADH, esa interpretación se constituye en el faro que ilumina a jurisdicciones nacionales de cada uno de los Estados partes, que tienen la obligación de tener en cuenta no solo lo que establecen o regulan los tratados de protección regional, sino la interpretación que de ellos realizó el máximo intérprete o la Corte IDH; es que: “los criterios internacionales son considerados e incorporados como pautas

---

<sup>720</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006; voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 8.

<sup>721</sup> Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; voto concurrente del Juez García-Sayán, párr. 33.

vinculantes por los órganos domésticos, (que) encontrarían solución precisamente en dicho ámbito muchos de los caos que, de otra forma, tendrían que ser planteados a nivel internacional”<sup>722</sup>.

En América, la jurisprudencia internacional más progresiva en materia de derechos humanos, ha comenzado a impactar en las jurisdiccionales nacionales de protección de los derechos humanos, habiéndose manifestado que: “ha sido sólo recientemente cuando las jurisdicciones constitucionales nacionales han venido reconociendo y aplicando expresamente la jurisprudencia emanada de los distintos órganos internacionales autorizados, como son el ámbito americano, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>723</sup>; a partir de aquello, en este trabajo surge la necesidad de determinar: “cómo los aparatos nacionales de administración de justicia ‘nacionalizan’ y desarrollan preceptos sustantivos de derechos humanos. Y, en particular, cómo aplican e interpretan como precedente obligatorio las sentencias de la Corte Interamericana”<sup>724</sup>.

Las Constituciones Políticas del Estado de los países en estudio (Bolivia, Colombia y Perú<sup>725</sup>), si bien cuentan con cláusulas interpretativas, en sentido de que los derechos y libertades se deben interpretar conforme a tratados de derechos humanos, lamentablemente no cuentan con normas que establezcan que esas interpretaciones se realicen no solo a partir de lo regulado por normas internacionales, sino también en el marco de lo razonado en los fallos de los órganos de protección internacional, es decir de la jurisprudencia internacional.

A la falta de regulación normativa en las Constituciones que establezcan la obligatoriedad de las autoridades internas de cada Estado, de recurrir a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección, se suma la falta de regulación normativa dentro de la CADH o dentro del Sistema Interamericano que establezca esa obligatoriedad de manera expresa, lo que provoca una serie de cuestionamientos contra la doctrina del control de convencionalidad y de

---

<sup>722</sup> Jorge Ulises Carmona Tinoco: “Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, Libertad Personal y Libertad de Expresión*, T. II, IIDH, San José Costa Rica, 2004, p. 11.

<sup>723</sup> Carlos M. Ayala Corao: “Recepción de la Jurisprudencia ...”, cit. p. 49.

<sup>724</sup> Diego García-Sayán: “Nuevos Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, *Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, p. 347.

<sup>725</sup> Art. 256-II CPE de Bolivia, art. 93-II de la CPE de Colombia y Cuarta disposición final y transitoria de la CPE del Perú.

seguimiento nacional, como la realizada por Ezequiel Malarino, uno de los mayores críticos del trabajo de la Corte IDH, quién considera que:

“la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y tribunales (control de convencionalidad-seguimiento nacional). Para que eso sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quiesca non mouere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia por el solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso”<sup>726</sup>.

Es que: “La meta de lograr una interpretación y aplicación uniformes por la jurisdicción supranacional y local .. no es ... una tarea simple. Es muy probable que distintas comunidades y distintos tribunales interpreten a su modo las cláusulas de un convenio internacional..., dando lugar a exégesis disímiles”<sup>727</sup>. Esa tarea compleja de aplicación uniforme de la jurisprudencia internacional, que se complementa con la inexistencia de normas internacionales y estatales constitucionales, que de manera expresa establezcan la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, ha dado lugar a las críticas señaladas.

Sin embargo, pese a las complicaciones en la interpretación y aplicación de la jurisprudencia internacional, como la inexistencia de normas (internacionales y estatales) que aclaren esos problemas, difícilmente se puede negar el hecho de que una manera de vencer las interpretaciones disímiles de los mismos derechos humanos por tribunales internacionales y nacionales, radica en que quienes ejerzan la jurisdicción interna: “se sometan a los criterios interpretativos vertidos por los órganos jurisdiccionales supranacionales en tales temas”<sup>728</sup>, a través de la denominada “doctrina del seguimiento nacional” o control de convencionalidad en el ámbito interno, a través de la cual los tribunales nacionales siguen la línea de interpretación de las sentencias de la Corte IDH.

En los últimos años, altas jurisdicciones latinoamericanas de los Estados partes de la CADH, han ido desarrollando una interesante y novedosa construcción jurisprudencial de interpretación de los derechos humanos, reconociendo de manera general la mayor jerarquía e imparcialidad de los

---

<sup>726</sup> Ezequiel Malarino: “Acerca de la pretendida ...”, op. cit., p. 429.

<sup>727</sup> Néstor Pedro Ságües: “La interpretación...”, op. cit., p. 42.

<sup>728</sup> Op. cit. supra, p. 43.



criterios de la jurisdicción supranacional o de la Corte IDH, con referencia a las jurisdiccionales nacionales.

En ese orden se tiene, a la Corte Suprema de Argentina, que reconoció que la interpretación que se haga de los derechos humanos por la Corte IDH: "... deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH y artículo 2º, Ley 23.054"<sup>729</sup>.

Dentro de otro de los altos tribunales latinoamericanos que se pronunció al respecto, está la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que al referirse a la Corte IDH como órgano natural para interpretar la CADH señala que: "la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada"<sup>730</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, en amplia jurisprudencia, reconoce que los tratados de derechos humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad, en ese mérito: "la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad"<sup>731</sup>; la doctrina del "criterio relevante de interpretación" o relevancia jurídica de la jurisprudencia de la Corte IDH, implica la Corte IDH, creada por la Convención Interamericana, es la encargada de interpretar los tratados de derechos humanos, constituyéndose su criterio en uno relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Se reconoce también que ese país al haberse adherido a la CADH, tiene como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención<sup>732</sup>; reiterándose que la Corte IDH, al ser la única instancia judicial del SIDH, a quien

---

<sup>729</sup> Corte Suprema, caso Giroidi H c/recurso de casación. 7 de abril de 1995. En: Jurisprudencia Argentina. T-III, 1995, p. 571.

<sup>730</sup> Sentencia de 09 de mayo de 1995, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

<sup>731</sup> Sentencias C-406/96, T-568/99, C-010/00, T-1319/01, entre otras.

<sup>732</sup> Sentencia C-554/01 de 30 de mayo.

competente llevar a cabo la interpretación oficial de la CADH, se le atribuya carácter obligatorio a las recomendaciones de los órganos de monitoreo de los tratados sobre derechos humanos<sup>733</sup>.

Con relación al Perú, el Tribunal Constitucional de ese país entendió que, la interpretación de la Constitución será realizada: “conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte IDH, guardián último de los derechos en la Región.”<sup>734</sup>; a través de este razonamiento, queda claro que el Tribunal Constitucional del Perú, de manera expresa asume como obligatoria la interpretación que en cualquier caso (emergente de procesos contenciosos o de función consultiva) haya realizado la Corte IDH.

Asimismo, en cuanto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia e interpretación de la Corte IDH para todos los órganos públicos, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que: “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”<sup>735</sup>; este razonamiento, evidencia claramente que el Tribunal Constitucional del Perú, asume la doctrina del “seguimiento nacional”, en la medida que asume como obligatoria las interpretaciones que realiza el órgano jurisdiccional internacional, aún en aquellos casos en los que el Estado peruano no ha sido parte del proceso.

En el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia, constituye un hito importante lo señalado en una Sentencia Constitucional del 2003, en la que se manifestó que la Corte IDH, tiene una jurisprudencia que es vinculante para la jurisdicción interna<sup>736</sup>; a partir de lo cual: “nuestro máximo tribunal de garantías, ha admitido como obligatoria la interpretación del tribunal interamericano sobre el

---

<sup>733</sup> Sentencia C-355/2006

<sup>734</sup> Sentencia del Expediente 218-02-HC/TC, publicada el 3 de agosto de 2002.

<sup>735</sup> Sentencia del Expediente N° 007-2007-PI/TC; en el mismo Sentencia del Expediente N° 2730-2006/PA/TC, fundamento 12.

<sup>736</sup> Sentencia Constitucional 0491/2003- R de 15 de abril, en igual sentido que lo expresado en SC 664/2004 de 06 de mayo.

contenido y alcance de los derechos humanos y de las correspondientes obligaciones estatales en el DIDH<sup>737</sup>.

Otro caso importante en cuanto a la interpretación constitucional, se ha dado en la SC 0110/2010-R, en la que se manifestó que las Sentencias de la Corte IDH: “constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del Estado Constitucional” y “forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno”, lo que implica que las sentencias pronunciadas por la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad y las normas internas del Estado se someten a ese bloque, de ahí que las autoridades de la jurisdicción interna, deben garantizar la protección de los derechos, más aún cuando esos derechos han sido reconocidos como vulnerados en una sentencia de la Corte IDH (en cualquier caso, sea el Estado boliviano parte del proceso o no); en dicho fallo del Tribunal Constitucional, refiriéndose a la Sentencia de Fondo de 26 de enero de 2000, pronunciada por la Corte IDH en el Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, también se expresó que la norma interna: “debe interpretarse y aplicarse en el marco de los alcances de la citada Sentencia (de la Corte IDH), para que el Estado pueda cumplir con las obligaciones internacionales pendientes<sup>738</sup>, o lo que es lo mismo, las sentencias de la Corte IDH (como parte del bloque de constitucionalidad), fijan el marco de la interpretación de las normas internas del Estado boliviano, interpretación que debe darse dentro del alcance de lo determinado por las sentencias internacionales.

Finalmente se puede concluir que, todas las altas jurisdicciones nacionales - Tribunal o Corte Constitucional- de los países estudiados, han asumido la doctrina del “seguimiento nacional”, produciéndose entre ellos: “Una conversación sobre el

---

<sup>737</sup> Guido Ibargüen B: “Garantías para ...”, op. cit., p. 119.

<sup>738</sup> La SC 0110/2010-R de 10 de mayo, es una decisión emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia, a consecuencia de un amparo constitucional que presentaron Percy Gonzales y otros contra autoridades judiciales, que dentro de la tramitación de un proceso penal contra supuestos responsables de la vida de Carlos Trujillo Oroza, decidieron no dar lugar a la solicitud de prescripción de acción y dispusieron la prosecución del trámite. Es de recordar que en Sentencia de fondo de 26 de enero de 2000, emitida por la Corte Interamericana, dentro del Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, se declaró como responsabilidad internacional la vulneración de las garantías judiciales y al derecho a la protección judicial del Sr. Trujillo Oroza, por inexistencia en la legislación interna de las garantías del debido proceso legal (como se reconoció en el allanamiento que hizo el Estado boliviano).

objeto y el contenido de los derechos”<sup>739</sup>, dentro de un SIDH, en el que sus actores jurisdiccionales estatales y supra estatal, participan de un espacio convencional americano, realizando interpretaciones de los derechos en una misma línea; para ello se evidencia que los tribunales estatales están conscientes que para otorgar la tutela demandada, no pueden quedarse con las normas internacionales de protección de los derechos humanos, sino que es necesario ir más allá, es decir considerar la interpretación que de esas normas han sido dadas por la Corte IDH, es que esas decisiones internacionales son de obligatorio cumplimiento por todos los tribunales estatales.

Por todo lo expuesto, queda claro que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido ampliamente aceptada por los tribunales estatales americanos, conformidad en las interpretaciones (internacionales y estatales), como de las doctrinas del control de convencionalidad y seguimiento nacional, que viene siendo apoyada por importantes estudiosos del derecho, así como por la autora del presente trabajo.

Sin embargo, ya se ha expresado que no todos comparten la doctrina del seguimiento nacional, pues no solo existen posiciones contrarias a todo ese desarrollo jurisprudencial y doctrinario, como ha realizado Ezequiel Malarino -al que ya se ha hecho referencia-, quién además hace nuevas propuestas frente a la realidad de la fuerza de la jurisprudencia de la Corte IDH, al considerar que: “los tribunales deben examinar si el ordenamiento jurídico constitucional no se opone a la aplicación de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional y en base a ese análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no”<sup>740</sup>.

Estas posiciones doctrinarias contrarias al seguimiento nacional, no tienen en cuenta que cuando un Estado se ha adherido a la CADH, así como ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, es para el mismo Estado obligatoria no solo la aplicación de la Convención sino también la interpretación que de ese instrumento internacional ha realizado la Corte IDH; además dentro de cada uno de los Estados, la CADH y otros tratados de derechos humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad, por tanto y en definitiva la interpretación

---

<sup>739</sup> Javier García Roca: El diálogo ..., op. cit. p. 196.

<sup>740</sup> Ezequiel Malarino: “Acerca de la pretendida ..., op. cit., p. 445.

que de esa Convención realiza la Corte IDH, viene a ser parte integrante de las normas internas a las que se somete un Estado, máxime si las normas convencionales y su interpretación son más favorables al ser humano.

Es decir que en cualquier apreciación, el Estado no solo debe examinar las normas del orden constitucional interno formal (CPE), sino también debe considerar todo el contenido material constitucional, que está también integrado por otras normas de protección internacional de los derechos humanos y su interpretación, que hacen a la doctrina del control de convencionalidad y del seguimiento nacional.

### **III.2.2.3 Margen de apreciación nacional (*discrecionalidad estatal*)**

Con el desarrollo de las democracias y el reconocimiento del pluralismo (jurídico, político, económico, social, religioso, etc. etc.), no se puede negar la realidad en sentido de que cada país cuenta con sus propios entornos, sean estos económicos, políticos, sociales, culturales, religiosos o de cualquier otra índole, aún más allá, dentro de cada país los ámbitos económicos, etc. resultan con sus propias diferencias; esos contextos por su distinta naturaleza y sus propios matices, son diversos entre sí, realidades que deben ser asumidas por las autoridades del poder público, particularmente por las autoridades judiciales de un determinado Estado, que a tiempo de conocer las controversias que con competencias les corresponde resolver, tienen el deber de evaluar esas situaciones diversas y los problemas que como consecuencia se dan por la convivencia en sociedad, en definitiva, tienen el deber de otorgar protección de los derechos humanos que se encuentran consagrados no solo en sus instrumentos nacionales, sino los que vengan con fuente internacional, pero conforme a su realidad.

Es que un derecho no puede ser aplicado e interpretado en general o en abstracto, ignorándose la realidad económica, cultural, política, etc. que lo envuelve, de interpretarse un derecho en forma tan indefinida, se perdería la realidad, eficacia, vigencia y vida del derecho humano. En ese escenario, hay que tener en cuenta que a tiempo de resolver las causas, son los tribunales nacionales los que tienen vivencia y conocen las realidades como las particularidades nacionales, la valoración e interpretación de los derechos que

realicen ellos, deben ser consideradas por los tribunales supranacionales, a partir de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, que como se manifestó, se sustenta en el pluralismo y diversidad que se convierten en: “La justificación racional de esta doctrina estimo que es la disparidad cultural de las diversas comunidades nacionales”<sup>741</sup>.

De ahí que la doctrina del “margen de apreciación nacional”, se: “relaciona, precisamente, con los fines y los límites de la jurisdicción internacional o supranacional en materia de derechos humanos”<sup>742</sup>; es que la existencia de una pluralidad de valoraciones e interpretaciones en materia de derechos fundamentales: “aconseja al órgano jurisdiccional internacional o supranacional abstenerse de subrogar (substituir) a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permitan configurar las versiones locales de los derechos universales”<sup>743</sup>.

El origen de esta doctrina del “margen de apreciación nacional”, no tiene carácter normativo, sino jurisprudencial, porque parte del razonamiento de la Comisión Europea de Derechos del Hombre<sup>744</sup>, reforzado por las apreciaciones que realiza el Tribunal de Estrasburgo; es que pueden existir innumerables factores que determinan una diferencia en la valoración e interpretación de los derechos, según el país del que se trate, de acuerdo al derecho que se aplica -su fuente-, la rigidez o no de la norma, el contexto en el que se encuentra, etc. etc., por eso se dice que la: “apreciación nacional”, va variar según las circunstancias, materias y el contexto<sup>745</sup>.

Han surgido críticas a la doctrina del “margen de apreciación nacional” desarrollada en la jurisprudencia del TEDH, porque a través de la misma el TEDH obviaría su tarea de enjuiciar restricciones nacionales a los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, también se dijo que esta doctrina solo serviría para atenuar el impacto de determinadas condenas dirigidas a los

---

<sup>741</sup> Javier García Roca: “El preámbulo ...”, op. cit., p. 40.

<sup>742</sup> Manuel Nuñez Poblete: Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *the/los* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, p. 5. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/6.pdf>

<sup>743</sup> Op. cit. supra.

<sup>744</sup> Caso Lawless, de 1° de julio de 1961.

<sup>745</sup> Néstor P. Sagüés. “La interpretación... op.cit., p. 45.

Estados partes<sup>746</sup>; sin embargo de ello, la “justificación de la jurisprudencia del TEDH ... parte siempre de un mismo fundamento: la riqueza y diversidad cultural de los Estados parte de la CEDH. Las sociedades europeas, aun asentadas sobre principios y valores comunes, son extraordinariamente complejas y heterogéneas”<sup>747</sup>; por eso en aquellos temas en los que no existe consenso total dentro de un tribunal supranacional, se abre la posibilidad para que las autoridades jurisdiccionales nacionales, sean las que resuelvan las denuncias de vulneración de derechos fundamentales, considerando que las mismas son quienes mejor conocen los valores y las necesidades de la sociedad en la que trabajan.

Analizando la jurisprudencia que sobre esta doctrina estableció el TEDH, se evidencia que el “margen de apreciación nacional” en general suele ser muy amplio, en tal caso el control europeo sobre la necesidad de una medida de protección resulta ser mínimo. Por ejemplo cuando hay un pluralismo cultural, político, social u otro, el TEDH considera que son los Estados los que tienen que estar en contacto directo y continuo con la realidad de cada país, los que se encuentran en una mejor posición para ponderar los intereses en conflicto y hacer un juicio concreto<sup>748</sup>; vinculado a la diversidad, está la conformación de un Estado que se construye históricamente, que en alguna medida ha sido analizado por el TEDH cuando puso relevancia en la laicidad de la República de Turquía que históricamente se construyó huyendo del sultanato<sup>749</sup>.

Uno de los ámbitos donde se ha profundizado y es más amplio el margen de apreciación nacional, es en la moral, que se constituye como un límite al ejercicio de cualquier derecho en forma restrictiva, campo en el que las autoridades nacionales están más capacitadas que las jurisdiccionales del TEDH, para fijar el concepto de la moral, así el TEDH en 1976 manifestó: “No se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral”<sup>750</sup>, esa es la razón por la que el mismo tribunal considera que: “se deja un

---

<sup>746</sup> Críticas que han sido expresadas por Yutaka Arai – Takahashi, citada por María Díaz Greco: “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, en *Integración europea a ...*, op. cit. p. 75.

<sup>747</sup> Op. cit. supra, p. 76.

<sup>748</sup> Caso Handyside y Sunday Times, Sentencia de 07 de diciembre de 1976.

<sup>749</sup> Caso del partido de la prosperidad contra Turquía, Sentencias de 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003.

<sup>750</sup> Caso Handyside, Sentencia de 07 de diciembre de 1976, párr. 48.

mayor margen de apreciación a los Estados contratantes que juzguen la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender convicciones íntimas, en el ámbito de la moral y, especialmente, de la religión”<sup>751</sup>.

La moral se constituye en un concepto metajurídico de difícil definición, variable según las épocas y lugares, como considera el Dr. Alexandre H. Català i Bas<sup>752</sup>, para quién la moral resulta ser un límite de los derechos, cuya interpretación se encarga de realizarla las autoridades estatales, reconociéndose que: “el margen discrecional de las autoridades nacionales se ha visto incrementado de sobremanera pues el TEDH consideró que éstas estaban en mejor disposición para fijar el significado o extensión de dicho límite en el caso concreto, hecho que se ha traducido en una reducción de la fiscalización por parte del TEDH”<sup>753</sup>.

Sin embargo de ello, tratándose de la moral, debe tenerse presente que la doctrina del “margen de apreciación nacional”, tiene sus propios y naturales límites, porque no está para convalidar ilegalidades o violaciones a los derechos, so pretexto de la realidad nacional; de ahí que se puede afirmar que: “En lo que hace al núcleo central, cabe el sometimiento de la sociedad local a las pautas axiológicas globales: hay un piso mínimo que ningún Estado puede avasallar o desconocer”<sup>754</sup>. Así las cegueras axiológicas que se dan, cuando se admiten como válidas soluciones profundamente ilegítimas o de patología social, que van contra la ética y la moral global (tal la trata de blanca, la semi esclavitud, la tortura, la ablación femenina, mutilación de ladrones, etc.); en estos casos no se puede pensar que por la realidad, costumbres o normas de un determinado lugar, sea viable la doctrina del “margen de apreciación nacional”.

En consecuencia, si bien aspectos relativos a la moral, pueden ser apreciados con mayor discrecionalidad por las autoridades nacionales, sin embargo no es menos imprescindible que sea la autoridad de la jurisdicción internacional, la que cuide la actividad del juez o tribunal interno, asegurando que cada uno de los Estados parte que se obligaron a respetar la jurisdicción internacional, respeten la aplicación del derecho humano, teniendo en cuenta la realidad (que tiene su base moral), pero sin ignorar el límite entre el núcleo

---

<sup>751</sup> Caso Wingrove, Sentencia de 25 de noviembre de 1996, párr. 58.

<sup>752</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit. p. 333.

<sup>753</sup> Op. cit. supra.

<sup>754</sup> Néstor P. Sagües: “Neoconstitucionalismo, derechos ...”, op. cit., p. 25.



irreductible de un derecho (que es todo aquello que va contra la moral) y el inicio del “margen de apreciación nacional”.

La doctrina del “margen de apreciación nacional”, que ha sido creada por la jurisprudencia del TEDH, se impone con mayor intensidad en su medio natural que es el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, teniendo una: “escasa receptividad en la praxis interamericana”<sup>755</sup>, quizá: “derivadas de la mayor homogeneidad de las sociedades iberoamericanas ... (en las que) ... no existe allí prácticamente el recurso a la lógica del margen de apreciación nacional”<sup>756</sup>. En consecuencia, en el ámbito regional interamericano, no está totalmente ajeno a esta doctrina del “margen de apreciación nacional” en su más pura forma, aunque es mucho menor que en el ámbito europeo; por eso unos doctrinarios consideran que: “afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>757</sup>, pero otros señalan que si bien: “La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación en la Convención no se encuentra expresamente reconocida en la Convención Americana... sin embargo es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas disposiciones (de la CADH)”<sup>758</sup>.

Son contados los casos en los que la Corte IDH utilizó en toda su extensión, la lógica de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, como se evidencia por ejemplo en la OC-4/84, que se establece los límites de la CADH, a la definición de las reglas sobre la nacionalidad y nacionalización, refiriéndose a la posibilidad de otorgar naturalización (para adquirir ciudadanía en el país) manifestándose que: “es el Estado que la concede (la nacionalización) el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente.”, también se manifestó que: “la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservando al Estado que otorga la nacionalización

---

<sup>755</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 15.

<sup>756</sup> Javier García Roca en el preámbulo de la obra de Guisepppe de Vergottini: “Más allá ...”, op. cit., p. 21.

<sup>757</sup> Antonio Cançado: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2da. Ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 389.

<sup>758</sup> Héctor Faúndez Ledezma: *El sistema interamericano ...*, op. cit., p. 57.

sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla<sup>759</sup>; en el marco de esa apreciación, se puede constatar el criterio que asumió la Corte IDH de dejar a la potestad soberana del Estado el determinar los requisitos para la nacionalidad, que debe establecerlos de acuerdo a su propia realidad.

### III.3. TENSIONES QUE SE GENERA POR EL DIÁLOGO

El diálogo entendido como: “influencias sucesivas o como resultado al método comparado<sup>760</sup>, obliga a las autoridades jurisdiccionales estatales y supra estatales a mantener cierta coherencia en sus decisiones: “impidiendo colisiones o interpretaciones contradictorias y buscando interacciones recíprocas<sup>761</sup>, si con la interacción que se genera en las actividades jurisdiccionales se llegaría siempre a un acuerdo -en mayor o menor intensidad-, el diálogo habría cumplido su principal objetivo, que es lograr con el mismo un consenso; pero eso no siempre sucede así.

Como emergencia de un diálogo, puede haber también un “disenso” o el desacuerdo entre los sujetos de la comunicación (autoridades jurisdiccionales), es que: “la intensidad de la comunicación y sus formas y estructuras, así como el grado de implicación recíproca pueden variar mucho<sup>762</sup>, la disconformidad viene no solo de los sujetos del diálogo sino de todos los implicados en el mismo, como son las otras autoridades del poder público de un Estado, inclusive cualquier gobernado o ciudadano que tiene el derecho de manifestar su disconformidad por lo interpretado y “dialogado” entre tribunales.

Tratándose de la **doctrina de la “cosa juzgada”** o del carácter vinculante o efecto *inter partes* de los fallos de la Corte IDH, se produce un diálogo entre tribunal internacional con tribunales estatales y demás órganos del poder público; esa interacción solo tiene su efecto o resultado, cuando los Estados (que están obligados a: tener normas internas, asumir medidas legislativas u otras, todas destinadas asegurar el cumplimiento de los fallos internacionales), a través de sus poderes públicos adoptan las medidas que sean necesarias, para la plena

---

<sup>759</sup> OC 4/84 de 19 de enero de 1984, párrs. 59 y 62.

<sup>760</sup> Javier Gacía Roca: “El diálogo ...”, op. cit., p. 207.

<sup>761</sup> Op. cit. supra, p. 212.

<sup>762</sup> Rafael Bustos Gilbert: “XV proposiciones ...”, op. cit.

reparación de los derechos que han sido violados por los Estados, como reconoció la Corte IDH; asegurándose con ello la *restitutio in integrum*.

Las sentencias de reparación (que buscan asegurar la *restitutio in integrum*), no se limitan a una indemnización de tipo patrimonial, en la medida que es la propia CADH la que reconoce dos posibilidades: reparación e indemnización<sup>763</sup>; en esa medida, es la misma Corte IDH que entendió que el art. 63 de la CADH: “otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación”<sup>764</sup>.

Ampliándose ese sentido de reparaciones, en un voto concurrente de Sergio García Ramírez, se expresó:

“La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito queda de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrado en la indemnización patrimonial -que ciertamente es indispensable y pertinente- y otro que, además, de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.”

Lo que demuestra que la indemnización en una sentencia de reparación, va mucho más allá que el reconocimiento económico, alcanzándose a otras medidas, sean éstas de carácter moral, o preventivas disponiéndose al efecto derogaciones normativas (legislativo), o de alcance general destinadas a otras autoridades del poder público, como son las judiciales, ejecutivas, etc.

Es así que la jurisprudencia en el ámbito de las reparaciones, no se queda dentro del ámbito patrimonial, moral y otros desarrollos que se hayan podido dar (como el relativo “proyecto de vida”), sino que va mucho más allá, pues existen sentencias de la Corte IDH, que: “ordena a los Estados que adopten medidas que inciden sobre esferas de competencias de poderes públicos fuertemente vinculadas a la soberanía nacional”<sup>765</sup>, tal situación se da cuando en una sentencia de reparaciones se ordena a un Estado a reformar su Constitución

---

<sup>763</sup> El art. 63.1 de la Convención Americana señala que cuando se decida que hubo violación de un derecho, la Corte IDH dispondrá: “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

<sup>764</sup> Caso Ricardo Banea y otro Vs. Panamá. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 64.

<sup>765</sup> Como señala Ezequiel Malarino, op. cit., p. 50.

Política, como un mandato dirigido al constituyente<sup>766</sup>. También se evidencia órdenes al órgano legislativo de un Estado, tal la derogación o la sanción o la reforma de una determinada ley, siendo esos muchos los casos, así: se ha ordenado la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria<sup>767</sup>; se dispone la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la CADH<sup>768</sup>; se ha ordenado la adopción de medidas legislativas y de otra índole, para adecuar el ordenamiento jurídico interno a normas internacionales<sup>769</sup>; se ha dispuesto la derogación del delito de desacato y la reforma de leyes que regulan la competencia de militares<sup>770</sup>; se ha ordenado la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura<sup>771</sup>; se ha dispuesto la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes han sido incautados<sup>772</sup>; se ha ordenado la aprobación de un Código de Ética Judicial<sup>773</sup>.

Las órdenes que da la Corte IDH, van también a la esfera del órgano judicial, cuando dispone la anulación, o que se dejen sin efecto o se modifiquen decisiones judiciales, o que se adopten medidas procesales determinadas. Muchos pueden ser los ejemplos, tal cuando se ha: ordenado la realización de un nuevo juicio, existiendo una sentencia firme condenatoria emitida por autoridades del órgano judicial<sup>774</sup>; mandado la reapertura de un proceso que tenía calidad de cosa juzgada -en aplicación de una ley de amnistía-<sup>775</sup>; impuesto la anulación de una sentencia condenatoria, en un proceso que fue tramitado con una ley que no respetaba el debido proceso<sup>776</sup>; ordenado la modificación de una sentencia nacional que impuso el pago de una multa<sup>777</sup>; dispuesto la continuación de una investigación de un delito, pese haber transcurrido el plazo de la prescripción de

---

<sup>766</sup> Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otro) Vs. Chile, Sentencia 05 de febrero de 2001, donde se ordena la reforma de la Constitución Política del Estado de Chile, por autorizar la censura previa de un material cinematográfico.

<sup>767</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, en Sentencia de reparaciones y costas de 27 de noviembre de 1998

<sup>768</sup> Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

<sup>769</sup> Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 22 de febrero de 2002.

<sup>770</sup> Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

<sup>771</sup> Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Sentencia 22 de septiembre de 2006.

<sup>772</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

<sup>773</sup> Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008.

<sup>774</sup> Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú, Resolución de 17 de noviembre de 1999.

<sup>775</sup> Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001.

<sup>776</sup> Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 03 de diciembre de 2001.

<sup>777</sup> Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

la acción<sup>778</sup>; mandado la anulación de sentencias condenatorias de tribunales militares<sup>779</sup>; dispuesto la reintegración a sus cargos, a jueces destituidos por un tribunal nacional<sup>780</sup>.

También fallos interamericanos, han dispuesto la realización de ciertas políticas públicas a ser cumplidas por el órgano ejecutivo, ordenándose que en las comunidades afectadas con la masacre denunciada, deban realizarse una serie de programas, tales: estudio y difusión de la cultura maya achí, mantenimiento y mejoras del sistema de comunicación vial, sistema de alcantarillado y suministro de agua potable, dotación de personal docente para enseñanza intercultural bilingüe, centro de salud<sup>781</sup>; todo lo que implica la otorgación de recursos públicos para su realización, como es por ejemplo mejorar la red vial, o instalar una red de alcantarillado y un sistema de agua, etc. .

Ese amplísimo margen de discreción de la jurisdicción internacional, para establecer cuáles serían las medidas de reparación, ha dado lugar a una serie de tensiones que parten de considerar que la norma convencional (art. 63) no da a la Corte IDH una facultad de ordenar reparaciones en forma ilimitada, además esa norma no es una que: “rinda tanto como para convertir a la Corte Interamericana en legislador y constituyente de todos los estados parte, ni tampoco una suerte de corte suprema de las cortes supremas de esos estados. Tampoco creo que esa norma llegue a tanto como para autorizar a la Corte a decidir las políticas públicas nacionales”<sup>782</sup>.

La amplia discrecionalidad que tuvo la Corte IDH a tiempo de disponer las reparaciones, por las consecuencias que ha ido provocando en cada uno de los Estados, debería persuadir a la misma, para: “ejercer un poco más de autorrestricción en sus condenas de reparaciones”<sup>783</sup>, el no tener límites ha provocado la adopción de medidas que corresponden al ámbito de la soberanía de cada uno de los Estados, lo que ha dado lugar a que se manifieste que sus fallos, se oponen: “a las conquistas liberales y subestima el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos”<sup>784</sup>.

---

<sup>778</sup> Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

<sup>779</sup> Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

<sup>780</sup> Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008.

<sup>781</sup> Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, Sentencia 19 de noviembre de 2004.

<sup>782</sup> Ezequiel Malarino, op. cit. , pp. 50-51.

<sup>783</sup> Op. cit. supra, p. 60.

<sup>784</sup> Op. cit. supra, p. 61.

Referido el tema de las reparaciones, también en el marco de la cosa juzgada, corresponde ahora hacer mención a otro aspecto estrechamente vinculado, cual es la obligatoriedad de los fallos, que igualmente genera tensiones en el diálogo que se produce entre el tribunal supra estatal y los tribunales estatales.

Nadie duda sobre el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH, el problema se presenta en la forma como se llegan a ejecutar las mismas, partiendo del hecho de que el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, está a cargo de la Asamblea General de la Organización, que conoce el informe de la Corte IDH en el que se señala los casos en los que un Estado no ha dado cumplimiento a sus fallos (art. 65 de la CADH); sin embargo, cuando la Corte IDH informa a la Asamblea General de la OEA -a través del Consejo Permanente- sobre el incumplimiento, ese órgano: “no parece tener interés especial en coaccionar puntualmente a los Estados para que atiendan las obligaciones emanadas de un fallo en concreto, sino que refleja más bien un interés general por mantener una cierta estabilidad continental en el respeto de los derechos humanos.”<sup>785</sup>.

Por otra parte, el cumplimiento de los fallos internacionales emitidos por la Corte IDH, está a cargo de cada uno de los Estados partes de la Convención, que tienen la obligación de ejecutar las sentencias, de acuerdo a sus normas internas del país, además tienen el deber de adoptar las medidas legislativas o de otra índole, que permita cumplir sus obligaciones conforme al tratado (arts. 1.1., 2 y 68.2 de la CADH); quedando claro que el cumplimiento de los fallos internacionales, está confiado a la eficacia de los medios internos y a la voluntad de cada uno de los Estados parte.

Cuando la Corte IDH reconoce la vulneración de un derecho convencional y otorga la protección demandada, corresponde ejecutarse el fallo de reparaciones -que ha adquirido la calidad de cosa juzgada-, pero no siempre es así, quedando estos escritos en un papel y sin ningún valor real, porque las normas internas de los Estados partes no han sido suficiente para asegurar su cumplimiento, esto ha dado lugar a que se diga que: “... el SIDH se abstiene deliberadamente de poseer un mecanismo para la ejecución de sus propias

---

<sup>785</sup> María Carmelina Londoño Lázaro: “El Cumplimiento ...”, cit. p. 119.

decisiones y, en cambio abanderar a los mecanismos nacionales que en el fondo ya fueron cuestionados por ineficaces<sup>786</sup>; además porque los mecanismos con los que cuentan los Estados, por sí solos no son suficientes para el cumplimiento de las sentencias y la protección dispuesta, lo que sin duda trae consigo un grave riesgo al proceso de protección de los derechos humanos en el continente americano, perdiéndose: “ ...la justicia en el caso concreto, pues la víctima difícilmente tiene forma de hacer cumplir -al menos oportunamente- la sentencia a su favor<sup>787</sup>, produciéndose muchas veces un círculo del que no pueden terminar de salir.

En consecuencia, queda claro que las sentencias de fondo de la Corte IDH, principalmente las de reparaciones, pese a contar con la calidad de cosa juzgada, muchas veces han quedado sin gran valor, por la insuficiencia e inoperancia de las normas internas de los Estados partes no han sido capaces de asegurar su estricto y rápido cumplimiento.

Ese escenario, lleva a reflexionar la necesidad imperiosa de establecer un mecanismo supranacional -como en Europa-, destinado al cumplimiento idóneo y efectivo de las Sentencias de la Corte IDH, a fin de lograr una real y efectiva protección a quienes se han violado sus derechos humanos, por un Estado que oportunamente no ha sabido salvaguardar los mismos. A diferencia de lo que sucede en Europa, en el que existe un órgano especializado encargado y garante del seguimiento y verificación del cumplimiento de las decisiones de su máximo tribunal internacional.

Los países latinoamericanos estudiados, unos cuentan normas internas (Perú) y otros de manera relativa (Colombia y Bolivia), que están destinadas a asegurar el estricto y fiel cumplimiento de un fallo de la Corte IDH, sin embargo se puede evidenciar la existencia de casos, en los que de manera expresa se ha declarado inejecutables los fallos de la Corte IDH.

La Corte IDH, el 17 de septiembre de 1997, emitió un fallo de fondo, en el que determinó que la Sra. María Elena Loayza Tamayo fue detenida sin orden de autoridad competente, por ser presunta colaboradora del grupo denominado Sendero Luminoso, estuvo incomunicada, fue objeto de torturas y abusos sexuales, por esos actos, se determinó que el Estado peruano violó sus derechos

---

<sup>786</sup> María Carmelina Londoño Lázaro: “El Cumplimiento ...”, cit. p. 117.

<sup>787</sup> Op. cit. supra.

a la libertad personal, integridad personal, garantías judiciales, ordenándose la libertad de la imputada y el pago de una justa indemnización a favor de la víctima y de sus familiares, además de otras medidas compensatorias, como la reincorporación de la Sra. al servicio docente, la investigación de los hechos, identificándose y sancionándose a los responsables, adoptándose las medidas internas para asegurar el cumplimiento de la obligación<sup>788</sup>.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, el 14 de junio de 1999, declaró inejecutable la sentencia sobre indemnizaciones y reparaciones, con el argumento de que la demanda ante la Corte IDH era improcedente en tanto los peticionantes no habían agotado recursos internos; esta declaración no tuvo en cuenta que el Estado peruano ya interpuso la excepción preliminar de falta de agotamiento de vías previas internas, que en 31 de enero de 1996 fue desestimada por la Corte IDH<sup>789</sup>. Con posterioridad a la emisión de ese desafortunado fallo, emitidas las normas internas referidas sobre cumplimiento de decisiones internacionales (Ley 27775, CPC de 2004 y DS 007-2005-JUS), el tribunal internacional pronuncia la Resolución de 1 de julio de 2011, de supervisión de cumplimiento de sentencia, en la que llega a determinar que sigue pendiente de cumplimiento la reincorporación de la Sra. al servicio docente en una institución universitaria pública, tampoco se ha asegurado su derecho a la jubilación, ni se ha terminado de investigar los hechos del caso, ni se ha identificado y sancionado a los responsables, tampoco se ha adoptado las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

Otro caso en el que se ha declarado inejecutable un fallo de la Corte IDH (también antes de que estén en vigencia las disposiciones internas mencionadas del Perú), está en el denominado caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, vinculado a cuatro ciudadanos chilenos procesados en el Perú por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar y condenados a cadena perpetua, llegándose a establecer la responsabilidad del Estado peruano, ordenándose que

---

<sup>788</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998.

<sup>789</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996.



se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, ordenándose el pago de sumas indemnizatorias<sup>790</sup>.

Este fallo ha dado lugar a que la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar pronunciara una Resolución de 11 de junio de 1999, por la que se declaró inejecutable esa sentencia condenatoria emitida por la Corte IDH en el caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, con el argumento de que la CADH está subordinada a la Constitución del Perú, además que la Corte habría incurrido en un exceso de su competencia funcional, por un nuevo juzgamiento de los acusados, llegándose a las mismas conclusiones, con el inconveniente que por el transcurso del tiempo podía hacerse ineficaz la justicia<sup>791</sup>. Restablecido el orden democrático y cuando ya estaban en vigencia las disposiciones internas del Perú que buscan asegurar el cumplimiento de fallos constitucionales, se emitió la Sentencia de Supervisión de Cumplimiento de 1 de julio de 2011, por la que se ha declarado cerrada la supervisión del cumplimiento respecto a ciertas obligaciones, manteniéndose con relación al pago del monto indemnizatorio por las erogaciones que realizaron las víctimas con ocasión del presente caso.

Las sentencias de inejecutabilidad de las Sentencias de la Corte IDH, emitidas en los casos Loayza Tamayo y Castillo Petruzzi y otros, ambos Vs. Perú en 1999, han sido emitidas en momentos políticos del Estado peruano caracterizados por el totalitarismo y carencia de Estado de derecho, en la época del gobierno de Fujimori, cuando no existían normas internas precisas que aseguren el cumplimiento de fallos, como se manifestó.

Lo llamativo de este tipo de situación se ha dado en el Estado Venezolano (que no es objeto de estudio en este trabajo, pero que se lo menciona por razones académicas), donde casi una década después (2008), en vigencia de la Constitución Política de 1999 que contiene una cláusula que ordena el cumplimiento de las decisiones internacionales de derechos humanos (segunda parte del art. 31), con relación a una Sentencia de 05 de agosto de 2008 emitida

---

<sup>790</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999, de Fondo, Reparaciones y Costas, caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.

<sup>791</sup> Según entiende Douglas Cassel, citado por Lisando Pellegrini, el desconocimiento formal de la competencia de la Corte, se debe que con el mismo el ex Presidente Fujimori, encontró una vía política llamativa para desafiar a la Corte Interamericana, en cuanto las víctimas se trataban de cuatro terroristas de nacionalidad chilena, supuestos miembros del grupo Tupac Amaru, que no tenían popularidad en el Perú. Lisandro Pellegrini: "El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Sistema Interamericano* ..., op. cit, p. 86.

por la Corte IDH<sup>792</sup>, se pronunció por el órgano de control de constitucionalidad (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), un fallo de 09 de diciembre de 2008, por el que se ha declarado inejecutable la decisión de la Corte IDH, emitida en el caso *Apitz Barbera Vs. Venezuela*<sup>793</sup>.

Cuando se hace referencia a un caso de inejecutabilidad parcial de un fallo de la Corte IDH, o cuando se habla de un cumplimiento relativo de una determinación internacional, no puede dejar de mencionarse el conocido caso *Gelman Vs. Uruguay*, que aunque corresponda a un fallo emitido contra un Estado que no forma parte de los estudiados, es necesario mencionarlo por su repercusión y por el tema en análisis. En dicho caso, se emitió la Sentencia de Fondo y Reparaciones de 24 de febrero de 2011, en la que se reconoció que es incompatible con la CADH la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al impedir la investigación, el juzgamiento y eventual sanción a los responsables de desapariciones forzadas, disponiéndose que leyes como aquella, no vuelvan a representar un obstáculo para la investigación de hechos como los que se analizó en el caso<sup>794</sup>; el Estado demandado a fin de dar cumplimiento a esa determinación jurisdiccional internacional, promulgo la Ley 18.831 y emitió el Decreto 323/2011, por los que se revoco los actos que aplicaban la cuestionada Ley de Caducidad.

La Corte IDH en la supervisión del cumplimiento de la indicada Sentencia, constato que con posterioridad a la emisión de dichas Ley y Decreto, la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay el 22 de febrero de 2013,

---

<sup>792</sup> Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008

<sup>793</sup> Los argumentos que utiliza la Sala Constitucional, en el fallo de 09 de diciembre de 2008, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental; además los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango “supraconstitucional”, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable; también se señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999; también se expresa que no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito para eludir el compromiso de ejecutar las decisiones, sino se trata de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno.

<sup>794</sup> Es necesario recordar que en dicha determinación internacional, la Corte IDH reconoció que el Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruetagoiena de Gelman, por lo cual violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, protección judicial y otros.

pronunció un fallo en el que declaró inaplicable la Ley 18.831, lo que de hecho incidió en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH, al permitir la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, resultando prescriptibles violaciones de DH al impedirse la investigación, identificación y eventual sanción a responsables por la desaparición forzada<sup>795</sup>. Este lamentable fallo de la autoridad jurisdiccional de mayor jerarquía dentro del Uruguay, es otro ejemplo más que permite apreciar la inejecución (aunque sea parcial) de una decisión jurisdiccional pronunciada por el tribunal internacional, lo que sin duda trae conflictos en las interpretaciones de las autoridades jurisdiccionales internacional y nacional, por tener estas últimas, apreciaciones que son contrarias a la defensa de los derechos humanos, desconociéndose las obligaciones que como Estado han asumido a nivel internacional, generándose por tanto una controversia de derecho internacional.

Las tensiones, tampoco están ajenas con relación a la **doctrina de la “cosa interpretada”**, que forma parte del **control de convencionalidad** (seguimiento nacional o interpretación conforme).

De acuerdo a la “cosa interpretada”, la Corte IDH resulta ser el interprete supremo de la CADH, desentrañando el sentido y alcance de los derechos reconocidos en ese instrumento internacional, fallo que resulta ser de carácter vinculante *erga omnes*, porque el razonamiento que contiene obliga no solo al Estado demandado, sino a todos los Estados que han ratificado dicha Convención.

A partir de su labor interpretativa, la Corte IDH ha mandado que sean los jueces y tribunales del órgano judicial, quienes asuman su interpretación, así han expresado que la interpretación que realiza (la Corte IDH) de la CADH debe ser tenida en cuenta por el poder judicial<sup>796</sup> o los primeros en observar (cumplir) lo dispuesto por la jurisprudencia interamericana son los tribunales nacionales jurisdiccionales<sup>797</sup>. En consecuencia, corresponde a las autoridades del Poder Judicial: “analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con la CADH,

---

<sup>795</sup> Así se ha constatado en la Resolución de cumplimiento de supervisión de sentencia de 13 de marzo de 2013, al igual que en el voto razonado que sobre dicha sentencia emitió el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

<sup>796</sup> Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>797</sup> Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010; voto concurrente del Juez García-Sayán.

teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana<sup>798</sup>, ejerciendo un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, conforme a la interpretación que de dicha Convención realizó la Corte IDH<sup>799</sup>.

Sin embargo, la doctrina del “seguimiento nacional” del criterio interpretativo conforme al de la Corte IDH, vincula no solo a las autoridades del Poder judicial, sino que se extiende a todos los órganos públicos de los Estados, en cuanto deben establecer políticas (ejecutivo), leyes (legislativo) y sentencias (judicial)<sup>800</sup>, en las líneas de la interpretación de la Corte IDH, para la defensa de los derechos humanos de la región.

A tal extremo llega la interpretación realizada por la Corte IDH, que considera que su criterio interpretativo resulta ser una guía en la actuación de otros Estados que no son partes en el caso<sup>801</sup>, es decir extiende su eficacia, no solo a las autoridades del poder público de un Estado determinado que ha sido denunciado y responsabilizado (efecto *inter partes*), sino que también alcanza su interpretación a otros Estados que no han intervenido dentro de un proceso internacional determinado (efectos *erga omnes*).

Nadie puede negar que las doctrinas del “seguimiento nacional” y del “control de convencionalidad”, han sido ampliamente asumidas por los tribunales constitucionales de la región en los países estudiados, como se señaló en los puntos III.2.2.1. y III.2.2.2. del presente trabajo; pero tampoco se podría negar que esa jurisprudencia internacional -que ha sido asimilada por jurisprudencias estatales-, responde a un activismo judicial cuestionado y que provoca tensiones dentro del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos.

Frente al clásico papel que han venido desempeñando ciertos jueces, que asumen a su función como estrictos aplicadores de la ley o del texto literal de la norma, existe otro grupo de jueces que consideran que en: “la propia interpretación –o aún en la búsqueda– del derecho aplicable, hay espacio para la

---

<sup>798</sup> Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>799</sup> Cit. supra.

<sup>800</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006; voto razonado del Juez García Ramírez.

<sup>801</sup> Resolución de 24 de junio de 2005, emitida por la Corte IDH, a la solicitud de opinión consultiva que fue presentada por la CIDH, párr. 13.

creatividad; cada tribunal internacional es libre para encontrar el derecho aplicable, independientemente de los argumentos de las partes”<sup>802</sup>.

A través del activismo judicial, los jueces y tribunales en la resolución de las causas, van creando: “normas jurídicas corrientes que contribuyen a resolver los casos cotidianos. Así, llegada la oportunidad, se puede determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio”<sup>803</sup>, con lo que se pretende actualizar el derecho a través de las interpretaciones que realiza el juzgador, de acuerdo a las necesidades que se presentan, en el momento resolver un caso concreto, etc..

Los seguidores de la Corte IDH, defienden el activismo judicial con el que se actúa en sus fallos, así lo expresó el ex Juez de la Corte IDH Antonio Augusto Cançado Trindade, cuando manifestó: “La innovación y el desarrollo progresivo del Derecho son inescapables, si nos mostramos dispuestos a actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo”<sup>804</sup>; sin embargo a su vez, están los detractores, cuestionan el activismo extremo que se ha encontrado en sus fallos.

Cuando la Corte IDH realiza un control de convencionalidad, reconoce en muchos casos y de manera expresa, el activismo con el que actúa, a tiempo de resolver los procesos internacionales; todo esto a partir del método de la “interpretación objetiva” de la norma convencional, que implica una interpretación gramaticalista, continuando con una interpretación sistemática u orgánica, luego una interpretación teleológica o de fines y al final con una interpretación voluntarista o de acuerdo a la común intención de las partes<sup>805</sup>.

En algún momento del desarrollo de su jurisprudencia, la Corte IDH empieza a utilizar el método de la “interpretación progresiva”, que se refiere a la interpretación que se realiza de un texto, teniendo en cuenta el significado objetivo del término en el momento en el que se produce la aplicación, renovando el texto de acuerdo a las necesidades sociales del momento, así al referirse a la CADH o a otros tratados de derechos humanos, señala que los mismos constituyen: “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

---

<sup>802</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Reflexiones sobre ...*, op. cit., p. 95.

<sup>803</sup> José Antonio Reviriego y otro: El control de Constitucionalidad de oficio, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/reviriego.pdf>.

<sup>804</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Reflexiones sobre ...*, op. cit., p. 95.

<sup>805</sup> Los derechos humanos de fuente internacional, deben interpretarse de acuerdo a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena, aplicando criterios objetivos de interpretación, como reconoció la Corte Interamericana, en la OC 3/83, de 08 de septiembre, párr. 49 y 50

evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>806</sup>, o cuando se expresa que son: “instrumentos vivos, que requieren una interpretación evolutiva ... para atender las necesidades cambiantes del ser humano”<sup>807</sup>; estos no son sino ejemplos de cómo la Corte IDH reconoce actuar con bastante activismo judicial.

La creación de una norma por el juez (internacional o interno), choca con la creación de la norma jurídica de manera formal o a través de los procedimientos establecidos dentro de cada Estado. Hay que tener en cuenta que el derecho implica una decisión política sobre el derecho, que debe asumir cada Estado, en el marco de la división de órganos y poderes, así dentro de un Estado, la iniciativa legislativa puede partir del órgano judicial o de cualquier otro órgano, finalmente la norma se sanciona por el legislativo y se promulga por el ejecutivo; pero cuando como emergencia de un acentuado y extremo activismo judicial (interpretaciones excesivas) se produce la creación del derecho por los jueces, entonces se dice que: “ellos se convierten en legisladores”<sup>808</sup>, provocándose tensiones.

La competencia de la Corte IDH establecida por la CADH<sup>809</sup>, está limitada para invadir la competencia del legislador ordinario de cada país y en aquellos casos que con activismo judicial se llega a ordenar, suprimir o modificar las normas de los Estados partes, la Corte IDH está creando derecho nacional, lo que inclusive llega a afectar la soberanía de cada Estado y genera tensiones en las relaciones<sup>810</sup>; se considera que la Corte IDH se extralimitaría en su competencia, también cuando llega a crear nuevos pactos de derechos humanos o modifica la CADH, que esa solo es atribución de los Estados parte.

---

<sup>806</sup> OC 16/99, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, de 1 de septiembre de 1999, párr. 114.

<sup>807</sup> Caso cinco pensionistas Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cançado Tridade, párr. 16. En igual sentido en el voto concurrente del Juez Cançado Tridade en la OC 10/89 de 14 de julio de 1989; en el caso Niños de la Calle Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, entre otros.

<sup>808</sup> Ezequiel Malarino, op. cit., p. 41.

<sup>809</sup> La Competencia de la Corte IDH deviene de los arts. 33 y 62.3 y otros de la Convención Americana, que disponen que la Corte es competente para conocer asuntos relacionados a los compromisos asumidos por los Estados partes en la Convención Americana, como para interpretar las disposiciones de dicha Convención.

<sup>810</sup> Al hacer mención a las tensiones que provoca la cosa juzgada, tratándose de sentencias de reparación en las que se ordena la emisión o supresión de normas de los Estados, se ha dado ejemplos del activismo judicial que se produce, por una interpretación excesiva de la Corte IDH (cosa interpretada, doctrina del seguimiento nacional).

El activismo judicial que se produjo en las interpretaciones que consta en la jurisprudencia de la Corte IDH, se dan a continuación algunos ejemplos que se consideran producto de un marcado activismo.

Cuando la Corte IDH da una regla según la cual se prohíbe la prescripción de violaciones de derechos humanos<sup>811</sup>, al activismo judicial; igualmente, hay activismo cuando se sienten nuevas normas, en sentido de que se restringe la aplicación del *ne bis in ídem* en caso de descubrir nuevas pruebas luego de las sentencias definitivas<sup>812</sup>; también cuando se estableció una nueva regla limitándose el principio de irretroactividad en materia penal en ciertos casos<sup>813</sup>; existe una interpretación en sentido de limitar el principio del plazo razonable de la duración del proceso<sup>814</sup>; vía jurisprudencia, se estableció el reconocimiento del derecho de los familiares de la víctima a la verdad<sup>815</sup>; con las interpretaciones realizadas, también se ha fijado el derecho que tiene el detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular<sup>816</sup>; se ha fijado el derecho de los familiares de las víctimas a tener amplias facultades para actuar en el proceso interno<sup>817</sup>.

La creación de las reglas señaladas, han sido cuestionados por algunos doctrinarios como Ezequiel Malarino, quién considera que la Corte IDH con sus razonamientos, está: “reescribiendo la Convención Americana ... tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona, como en asuntos referidos a la competencia ... creo reglas o nuevos derechos humanos o modifíco algunos existentes ... introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los estados o altera o suprime una norma pactada ... sin seguir las reglas del sistema interamericano”<sup>818</sup>, lo que sin duda genera tensiones e inseguridades, en las relaciones entre los actores del diálogo y sus destinatarios.

Esa oposición a la interpretación de la Corte IDH se da muchas veces por el: “activismo judicial (que) ... podría llamarse audacia si tal activismo se

---

<sup>811</sup> Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 116-117.

<sup>812</sup> Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

<sup>813</sup> Caso cit. supra, párr. 151; al igual que el Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226.

<sup>814</sup> Caso La Cantuta, cit. supra, párr. 149.

<sup>815</sup> Caso Velásquez Rodríguez Vs. Guatemala, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 181.

<sup>816</sup> OC 16/1999, de 1 de octubre de 1999, párr. 137.

<sup>817</sup> Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 8 de agosto de 2008, párr. 2008.

<sup>818</sup> Ezequiel Malarino, p. cit., pp. 27 y 29.

enfrentase a la resistencia de los Estados”<sup>819</sup>, al cumplimiento de lo determinado por la Corte IDH, oposición que se ha dado con diversas tonalidades, desde cumplimientos parciales y no totales a lo determinado, hasta incumplimiento total e inejecución de lo ordenado, como ha detallado en el presente punto del trabajo.

A partir del marcado activismo judicial que caracterizó el trabajo de la Corte IDH surgen ciertas tesis, en sentido de que ese órgano de protección internacional fuera uno audaz pues: “sus decisiones tienen un efecto directo porque la Corte IDH anula normas nacionales (por ejemplo, amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada)”, frente al comportamiento del TEDH que actúa en forma tímida al momento de juzgar a los Estados, mientras que la otra lo hace en forma audaz<sup>820</sup>.

La tesis de la actuación tímida del TEDH ha sido refutada por Kai Ambos y María Laura Böhm, quienes consideran que el TEDH ha ampliado paulatinamente con sus fallos el ámbito de protección reconocido en la CEDH, lo que pone en cuestión el mote de tímido que le han atribuido algunos autores: “si se observan sentencia del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos ... la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia el Tribunal en la política criminal de los Estados parece no diferir en demasía de la modalidad de la Corte en América Latina”<sup>821</sup>; en consecuencia el: “TEDH se muestra activista ...al momento de juzgar casos que por su escala y/o violencia y/o sistematización tienen características similares a los casos juzgados por la Corte IDH”<sup>822</sup>.

En ese escenario se tiene que ese activismo judicial, no solo ha creado resistencia y tensiones, sino también tiene seguidores, que consideran que ese tipo de creaciones, sirven para garantizar los valores en los que se sustenta la humanidad, lográndose con ello una protección universal de los derechos humanos, que tienen como fundamento la dignidad.

---

<sup>819</sup> Kai Ambos y María Laura Böhm: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011, p. 67.

<sup>820</sup> Como considera Armin von Bogdandy, quién ha sido señalado por Kai Ambos y María Laura Böhm: “Tribunal Europeo ...”, op. cit., p. 45.

<sup>821</sup> Op. cit. supra, p. 64.

<sup>822</sup> Op. cit. supra, p. 67.



Ese apoyo parte de una interrogante si: “Un tribunal de derechos humanos puede -¿y debe, tal vez?- actuar en forma audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados -puesto que los Estados no los individuos, se encuentran en proceso- ... no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal a favor del respeto de los derechos individuales”<sup>823</sup>, la respuesta sobra, un tribunal internacional de protección de los derechos humanos, puede ir incluso contra un poder estatal (actuando en forma audaz), si con ello se logra una mayor protección a los seres humanos o pro individuo.

Además de las doctrinas de la cosa juzgada y de la cosa interpretada (en todos sus alcances), se tiene la **doctrina del “margen de apreciación nacional”**, que tampoco ha esta eximida de provocar tensiones con su creación y constitución.

El diálogo judicial, también se construye en el marco de la doctrina del “margen de apreciación nacional” que resulta ser un criterio interpretativo, que de manera tradicional ha sido utilizado por el TEDH, que tiene como origen la: “heterogeneidad y riqueza cultural de los pueblos europeos y en la voluntad ... de ceder a las autoridades nacionales el control de ciertas restricciones de los derechos fundamentales en el entendimiento de que éstas están mejor situadas que ellos mismos para asegurar su protección”<sup>824</sup>, unido a la lógica de la subsidiaridad<sup>825</sup>.

En esa virtud, el TEDH otorga la protección demandada (previo agotamiento de los medios internos), solo cuando considera que las conductas estatales que han sido denunciadas como violatorias de derechos convencionales, sobrepasan el margen de discrecionalidad concedido a los Estados por parte del propio

---

<sup>823</sup> Op. cit. supra.

<sup>824</sup> María Díaz Crego: “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales” en *Integración Europea a ...*, op. cit., p. 77.

<sup>825</sup> Hay que recordar que en el ámbito europeo, cuando se produce una violación a los derechos humanos reconocidos en la CEDH, corresponde al TEDH otorgar la protección demandada, solo cuando constata que con carácter previo se han agotado los recursos internos; a diferencia de lo que ocurre con el TJCE en el que la protección demandada no se da en última instancia o agotados que sean los medios internos, pues en la mayoría de los casos este TJCE se pronuncia a través de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad.

TEDH; o desde otra perspectiva pero en la misma línea, implica un reconocimiento que hace el TEDH de: “un espacio de discrecionalidad hacia las decisiones sobre derechos fundamentales tomadas por las autoridades estatales y, sobre todo, de diplomática deferencia, propia de una protección subsidiaria e internacional, y muy típica del Tribunal de Estrasburgo”<sup>826</sup>.

A través de esta doctrina el TEDH llega a: “limitarse con prudencia y practica una diplomática deferencia con una solución nacional ... a menudo suficientemente razonada por un tribunal constitucional o una corte suprema”<sup>827</sup>, por eso se dijo que el “margen de apreciación nacional” expresa el: “punto equidistante entre el Derecho Internacional y la garantía constitucional”<sup>828</sup>, ya que el TEDH recurre a la misma, dentro de una diplomática deferencia internacional, concedida por el organismo internacional hacia las autoridades estatales, con la voluntad de auto limitarse (deferencia y autocontención: *self-restraint*)<sup>829</sup>.

Cuando el TEDH utiliza el “margen de apreciación nacional” en su más pura construcción, provoca que no se produzca un control europeo de la medida denunciada como violatoria, además de los casos señalados en el punto III.2.2.3. del presente trabajo, téngase en cuenta otros casos, como el referido al reconocimiento que hizo el TEDH, en sentido de que las medidas restrictivas para tutelar los derechos de un menor, pueden variar en los diferentes Estados, quienes tienen un margen discrecional determinado, en función del carácter moral o cultural<sup>830</sup>; es decir en este y otros casos, se evidencia claramente que el TEDH no resuelve nada de la tutela demandada, tampoco expresa argumentos razonables que orienten la manera de cómo se debería resolver el caso, derivando la resolución y la apreciación al Estado miembro.

Esta posición tan amplia, ha generado tensiones, reacciones contrarias y mucha disconformidad, afirmándose que con la misma se ha llegado a: “conceder una libérrima discrecionalidad al TEDH en sus decisiones”<sup>831</sup>, o que no se puede

---

<sup>826</sup> Como señala Javier García Roca, en el prólogo que realizó a la obra de Guiseppe de Vergottini: *Más allá ...*, op. cit., p. 12.

<sup>827</sup> Javier García Roca: “El diálogo ...”, op. cit., p. 200.

<sup>828</sup> Javier García Roca: “El Preámbulo ...”, op. cit. p. 41.

<sup>829</sup> Lo que sucede en el derecho internacional, dentro de la doctrina señalada, podría servir al derecho interno de cada Estado, donde un Tribunal Constitucional como intérprete supremo, podría practicar la deferencia y el auto limitarse, respecto a las decisiones de legalidad que resuelven los Tribunales Supremos de cada Estado.

<sup>830</sup> Caso Dynamic Medien Vertriebs GmbH Vs. Avides Media AG, Sentencia de 14 de febrero de 2008.

<sup>831</sup> Javier García Roca: “El diálogo ...”, op. cit., p. 217.

ocultar la: “débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”<sup>832</sup>, provocando: “la generación de seguridad jurídica ... (debiéndose) ... evitar el peligro de la desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real concreta de éstos”<sup>833</sup>; es que con una aplicación pura de la doctrina del “margen nacional”, el TEDH no llega a cumplir a cabalidad con su obligación convencional, que es determinar si ha habido o no violaciones estatales a derechos convencionales.

El TEDH ha conferido a los estados un “margen de apreciación” para la observancia de sus deberes bajo el CEDH, pese a que esta: “controvertida doctrina no encuentra un anclaje expreso, unas bases legales, ni en el Preámbulo ni en las disposiciones articuladas del Convenio”<sup>834</sup>. Probablemente una de las razones por las que: “Esta doctrina no fue desarrollada por la Corte Interamericana ... (radicaría en que) ... parece estar prohibida por las reglas de interpretación previstas por la Convención Americana”<sup>835</sup>, refiriéndose al art. 29 de la CADH, que señala que ninguna disposición de Convención, puede ser interpretada en sentido de permitir la supresión de derechos reconocidos en la CADH o de limitar su ejercicio o excluir otros derechos inherentes al ser humano.

Los malestares que provoca esta doctrina por no resolver a plenitud un caso dentro de la jurisdicción internacional europea, ha llevado a manifestarse que: “más que un derecho de los Estados demandados a que se les aplique esta doctrina, es un criterio al que la Corte puede acudir, entre otros, para decidir, o mejor para no decidir el litigio y hacerlo por remisión a la solución adoptada por la autoridad nacional”<sup>836</sup>. Ahora bien, cuando el caso llega a instancias de la autoridad nacional, la doctrina del “margen de apreciación nacional” continúa con sus consecuencias, porque puede provocar con ello diversas interpretaciones de un derecho humano por cada uno de los tribunales nacionales, que cuenta con

---

<sup>832</sup> Javier García Roca: “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

<sup>833</sup> Fernando Basch: “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador de trabajo presentado a las Jornadas: Una Constitución para el Nuevo Siglo, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, disponible en <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc> .

<sup>834</sup> Javier García Roca: “El Preámbulo ...”, op. cit., p. 39.

<sup>835</sup> Fernando Basch: “Sobre la ...”, op. cit.

<sup>836</sup> Javier García Roca: “El Preámbulo ... op. cit. p. 41.

sus propias realidades y formas, dando lugar a que un: “mismo derecho humano no tenga la misma profundidad y extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría a interpretaciones desigualitarias del mismo”<sup>837</sup>.

---

<sup>837</sup> Néstor P. Sagües: “Interpretación de los ...”, op. cit., p. 46.

## **CAPÍTULO IV**

# **DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CON LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LA REGIÓN ANDINA. HACIA UN DERECHO AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

---

### **IV.1. DERECHO AL PROCESO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE**

#### **IV.1.1 Marco normativo internacional**

El acceso a la justicia en el SIDH -también llamado derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva-, como parte de la garantía constitucional al debido proceso, se encuentra estrechamente relacionado con el lapso de tiempo dentro del cual los órganos judiciales deben ejercer su jurisdicción y competencia, a efecto de resolver dentro de un razonable tiempo, todos los asuntos que se presentan a su conocimiento; en esa medida la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. XVIII manifestó: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y *breve* por el cual la justicia lo ampare...”.

A su vez Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su inc. 3), Párrafo 3 del art. 14, establece que toda persona acusada por un delito tiene derecho a “ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

En la misma línea, la CADH de 22 de noviembre de 1969, de manera más específica regula el derecho de acceso a la justicia, con relación al derecho a un

proceso dentro de un plazo razonable, cuando en su art. 8.1 señala: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable* ..., en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El procedimiento breve, el juzgamiento sin dilaciones indebidas y el derecho de una persona a ser oída dentro de un plazo razonable, se aplica en la sustanciación de cualquier proceso penal o de otro orden jurisdiccional, sea civil, laboral u otro, en realidad todas esas posibilidades jurídicas se refieren: “... a la duración del período del juicio”<sup>838</sup>, es decir al transcurso del tiempo dentro del cual se debe ejercer actividad jurisdiccional, con la finalidad de resolver un conflicto a la brevedad posible.

Las regulaciones señaladas, respecto al juzgamiento sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable en la tramitación de cualquier proceso, sea o no de índole penal, no debe ser confundida con el derecho que tiene toda persona privada de su libertad, de ser juzgado dentro de un plazo razonable o de ser puesto en libertad, sin que ello impida la continuación del trámite o del proceso; así se reconoció en el párrafo 3) del art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del art. 7.5 de la CADH, que establece que: “Toda persona detenida ... debe ser llevada, *sin demora*, ante un juez ... y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

Es decir que las disposiciones normativas referidas en el párrafo precedente, tienen relación con ese lapso de tiempo que dura una detención y que debe: “ser interpretado en el sentido de que, aun cuando existan en principio razones para mantener detenida una persona, ella debe ser liberada si es que el período de la detención ha excedido el plazo razonable”<sup>839</sup>; lo que implica que por esas normas jurídicas internacionales, relativas a la duración de la detención, se asegura que dentro de un plazo razonable, esa persona sea juzgada y puesta en libertad.

Surge una diferencia con las normas jurídicas señaladas en párrafos precedentes, en las que lejos de resguardar la duración de la detención, lo que

---

<sup>838</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Ed. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 236.

<sup>839</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op. cit. supra.

cuidan en general es la duración del proceso mismo; aunque es indudable que con ambos tipos de previsiones, lo que se busca en definitiva es que logre la tramitación de un debido proceso (dentro de todo un juicio o en la detención) en un tiempo razonable, razón por la que seguramente los distintos Tribunales, partiendo de la Corte IDH<sup>840</sup> y Tribunales o Cortes Nacionales<sup>841</sup>, hacen referencia a las mismas, como si se tratara de lo mismo, lo que técnicamente no corresponde a derecho.

#### IV.1.2 Noción y finalidad

Siendo el derecho de acceso a la justicia: “un derecho fundamental ... que cuando fuere transgredido o inobservado, debe ser susceptible de tutela jurídica vía un procedimiento *sencillo y breve*”<sup>842</sup>, se encuentra en estrecha relación con el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, que: “aunque se trate de un derecho perfectamente autónomo, mantiene una íntima conexión tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia)”<sup>843</sup>; esos dos derechos, han sido apreciados en conjunto por la Corte IDH, cuando manifestó que: “El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”<sup>844</sup>.

En consecuencia, el acceso a la justicia señalado en la Declaración Americana referida, no es algo que se encuentre ajeno al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable desarrollado en la CADH, al contrario, implica que este último derecho (proceso dentro de un plazo razonable) se encuentra comprendido y relacionado con el primero (acceso a la justicia), en sentido de que cuando un justiciable, acude a los órganos judiciales en demanda a que se

---

<sup>840</sup> Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador

<sup>841</sup> EXP. N.º 05350-2009-PHC/TC, Tribunal Constitucional del Perú

<sup>842</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de Expresión*, T.II, Ed. Editorama S.A., San José de Costa Rica, 2004, p. 14.

<sup>843</sup> STC 35/1994, FJ 2., referida por Francisco Rubio Llorente: *Derecho Fundamentales y Principios Constitucionales*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1995, p. 327.

<sup>844</sup> Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 128.

respete y guarden sus derechos, las autoridades deben resolver sus causas dentro de un tiempo prudencial y razonable.

Asimismo, la garantía al debido proceso, que bajo el *nomen juris* de “garantías judiciales” se encuentra consagrada en el art. 8 de la CADH, implica el derecho que tienen todas las personas, a ser juzgado dentro de un plazo razonable; partiendo del supuesto de que el proceso se desarrolla en condiciones de normalidad, en el que los intereses en conflicto deben recibir una pronta satisfacción, o lo que es lo mismo, la jurisdicción debe dar una pronta respuesta a las pretensiones procesales de las partes en disputa.

El derecho de los litigantes a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ha sido definido por Gimeno Sendra<sup>845</sup>, como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de derecho que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, creando en el Estado la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias.

El derecho a la tramitación en plazo razonable, también se constituye en una garantía mínima del debido proceso legal, como así reconoció la Corte IDH<sup>846</sup> cuando señaló: “El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal ... que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable ..., en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra”.

Este derecho, como parte del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial y garantía mínima del debido proceso, tiene una finalidad que se encuentra establecida en la doctrina desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>847</sup> cuando preciso que: “El principio de “plazo razonable” ... tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.

La finalidad de este derecho, se busca que los sujetos procesales aclaren cual es su situación jurídica, para el ejercicio y gozo de sus derechos o se aclare

---

<sup>845</sup> Gimeno Sendra. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Constitución y proceso*. Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 137

<sup>846</sup> Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74

<sup>847</sup> Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 70



la incertidumbre que provoca saber si una persona se encuentra o no obligado a algo; tratándose de procesos de naturaleza penal, lo que se busca es que el imputado o en su caso el procesado defina su situación jurídica, máxime si además puede estar afectado un derecho fundamental cual es el de la libertad personal.

Si bien es cierto que el: “Que la justicia se administre sin dilaciones indebidas es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, estamos en presencia de un complejo problema toda vez que su incumplimiento es manifiesto”<sup>848</sup> y en esos casos el derecho en estudio (conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva o también denominada acceso a la justicia), se vacía de contenido, cuando el proceso se tramita con dilaciones indebidas, que son todas aquellas actuaciones que exceden a los plazos razonables, en tales situaciones se produce una justicia retrasada, que en sí viene a ser una gran injusticia y provoca una serie de daños a las partes del proceso.

Los diferentes sistemas jurídicos nacionales no siempre resuelven sus controversias oportunamente, por lo que en reiteradas oportunidades se dijo que una justicia lerda deja de ser justicia, aplicándose el viejo aforismo de que la *dilación de la justicia es injusticia o justicia tardía equivale a justicia denegada*, produciéndose una doble violación de derechos, pues una duración muy larga del proceso no solo viola el derecho a un plazo razonable: “sino que puede ser también fuente de transgresiones de los derechos materiales discutidos en el proceso que difícilmente podrán, en su caso, ser plenamente restablecidos”<sup>849</sup>.

Cuando los administradores de justicia no responden al principio de celeridad de un proceso, se produce la violación del derecho a un proceso en tiempo razonable: “supuesto extremo del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable”<sup>850</sup>, ignorándose la existencia necesaria de un límite temporal que debe tener un proceso, que se constituye en el núcleo mínimo del

---

<sup>848</sup> Ana Salado Osuna: “El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2da. Edición, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 299.

<sup>849</sup> Alexandre H. Català i Bas: “La Jurisprudencia del TEDH sobre el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional”. *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Volume 11 N° 1, 2002. Ed. Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2002, p. 31..

<sup>850</sup> STC 133/1988 (FJ1).

derecho a una resolución dentro de un plazo razonable -que es parte del derecho de acceso a la justicia y la garantía a un debido proceso legal-, por lo mismo, no puede ser ignorado y menos desconocido por las autoridades jurisdiccionales; lo contrario significaría dejar a los justiciables desamparados y provocaría responsabilidad de los Estados, que han asumido obligaciones internacionales.

#### **IV.1.3 Determinación de un plazo razonable**

En materia de derechos humanos, las normas internacionales antes señaladas, imponen imperativos a los diferentes Estados, en sentido de que en la tramitación de todo proceso la justicia sea impartida dentro de plazos razonables, o lo que es lo mismo, sin demoras que no tengan justificación o sin dilaciones indebidas.

La CADH ni ninguna otra normativa internacional, señala cual sería el tiempo exacto, tampoco los mínimos, menos los máximos dentro de los que se debería tramitar los procesos o se debería aplicar la detención a una persona, teniendo en cuenta la diferencia que existe entre la duración del período del juicio (que puede ser de naturaleza penal u otra), con relación a la duración del período de la detención<sup>851</sup>; además considerando que cada Estado regula su legislación interna de acuerdo a su realidad y sus propias necesidades.

Las legislaciones procesales de los distintos países, sobre todo en materia penal, han señalado plazos dentro de los que se deben llevar adelante los procesos; sin embargo también se consideró que: “las normas procesales que imponen un plazo fijo para la conclusión de los procesos penales, en una de las interpretaciones posibles, no guardan compatibilidad con la Constitución”<sup>852</sup>, cuerpo normativo fundamental que regula el derecho a la celeridad procesal y como parte de aquello, el derecho a la conclusión del proceso en un plazo razonable.

---

<sup>851</sup> Regulados en las previsiones de los arts. 8.1 y 7.5 de la Convención Americana, respectivamente

<sup>852</sup> José Antonio Rivera S. “El Precedente Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico y la actividad de los órganos estatales” en *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Ed. Adrus, Perú, 2009, P. 734.

Sean o no compatibles con la Constitución, las normas internas<sup>853</sup> de un Estado que imponen plazos fijos para la tramitación de un proceso, no siempre vienen a constituir un chaleco de fuerza, en la medida en que las autoridades públicas, particularmente las judiciales, pueden tener razones o argumentos para justificar la extensión del proceso en el tiempo; por lo que dichos plazos al final resultan ser referenciales a tiempo de ser considerados por la Corte IDH, para establecer que por el transcurso del tiempo se produjo o no un plazo razonable, pero desde ningún punto de vista se constituyen en referentes obligatorios, sino que se manejan, de acuerdo a la doctrina de los criterios de razonabilidad.

La existencia de procesos sometidos a un plazo determinado, no siempre responde a criterios de justicia, puesto que el carácter razonable del plazo: “no puede establecerse de manera general, sino que por el contrario, es necesario determinarlo a la vista del caso concreto y de las particularidades que presente”<sup>854</sup>; esa es la razón por la que tribunales de protección de los derechos humanos de carácter internacional, han llegado a construir la doctrina relativa a los criterios de razonabilidad.

Teniendo en cuenta que el plazo razonable es: “un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto a de ser alcanzado mediante la aplicación a las circunstancias del caso de los factores subjetivos y objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico”<sup>855</sup>; es decir que para determinar la razonabilidad del plazo se requiere de una apreciación de las circunstancias concretas, de esa valoración se podrá deducir la irrazonabilidad en el plazo o el carácter excesivo del retraso o no.

El TEDH, se ha referido a la forma de determinación si el plazo es o no razonable, al efecto desarrolló dos criterios, uno denominado de análisis global de proceso y el otro es el criterio de la razonabilidad del plazo; para determinar el plazo razonable, es necesario primero realizar un análisis global del procedimiento (desde el punto de vista estrictamente temporal), si el plazo excede

---

<sup>853</sup> En virtud al principio de presunción de constitucionalidad, se presume la constitucionalidad de toda norma interna, mientras no sean declaradas inconstitucionales por el órgano encargado del control constitucional, esto en países que tienen un control concentrado o preponderantemente concentrado de constitucionalidad, como el caso de Bolivia, en el art. 4 de la Ley N° 27 de 06 de julio de 2010.

<sup>854</sup> Jacobo López Barja de Quiroga: *“El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo”*, Ed. Akal/iure S.A., Madrid-España, 1991, p. 133.

<sup>855</sup> Pablo Lanzarote Martínez: *La Vulneración del plazo razonable en el proceso penal*. Ed. Comares, Granada 2005, p. 12

o va más allá de lo racional, corresponde examinarse los criterios de razonabilidad; a la inversa si efectuado el análisis global del procedimiento, se concluye que el tiempo utilizado en la tramitación es aceptable y racional, no existirían motivos que justifiquen el ingreso del análisis de los criterios de razonabilidad, que se expondrán con posterioridad.

#### **IV.1.3.1 Análisis global del procedimiento**

Los ordenamientos internos pueden establecer en forma concreta un período de tiempo dentro del cual deba tramitarse un proceso o no, sin embargo en cualquier caso la razonabilidad del transcurso del tiempo es abstracta o diversa en cada asunto, es que: “el plazo razonable es un concepto indeterminado y abierto (en su valoración) y que no puede fijarse un período de tiempo determinado, de aplicación general para todos los casos de una misma naturaleza”<sup>856</sup>.

Es más, un plazo razonable (abstracto) es difícil determinarlo no solo en procesos de la misma naturaleza y con plazos fijados por ley -como se ha comentado en el párrafo anterior-; sino que esa dificultad se agrava más aún cuando se habla de procesos de diferente naturaleza, como son aquellos tramitados por la jurisdicción ordinaria, frente a los tramitados por la jurisdicción constitucional.

El retardo en la administración de justicia y la violación a un derecho en plazo razonable ya no está solo en la jurisdicción ordinaria, sino también que va alcanzando a la jurisdicción constitucional, que permanentemente se ve con una avalancha de asuntos a resolver y con peligro de colapso; en ambos casos y a nivel internacional hay responsabilidad del Estado, pero también hay que dejar constancia que: “No es lo mismo que se condene por violación de derecho fundamental a un tribunal ordinario que la condena recaiga sobre el tribunal encargado constitucionalmente de la defensa y garantía última de esos mismos derechos”<sup>857</sup>.

---

<sup>856</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op. cit. p. 312.

<sup>857</sup> Manuel Martínez Sospedra: “Dilaciones indebidas, justicia constitucional y TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 2/2° Semestre 2003, Ed. Fundación Manuel Broseta, Valencia, 2003, p. 127.

La determinación del plazo, si no es fijada por la ley, se establece su razonabilidad a través del “análisis global del procedimiento”, que analizó el TEDH en el Caso Motta Vs. Italia, en Sentencia de 29 de enero de 1991<sup>858</sup>, asimilado de manera expresa por la Corte IDH en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua en Sentencia de 29 de enero de 1997<sup>859</sup>, análisis global del proceso que consiste en que: “el Tribunal Europeo examina, primero el tiempo total ocupado por el caso y si le parece, a primera vista, excesivo, el procedimiento se examina en detalle y se atribuye al Estado la carga de la prueba”<sup>860</sup>; en la línea de lo señalado, primero se hace un estudio del análisis global del procedimiento (desde un punto de vista temporal) y si es excesivo, recién se analiza en detalle los criterios de razonabilidad (a los que se referirá después).

Por el criterio del análisis global del proceso, el tiempo total se valora precisándose los extremos dentro de los cuales transcurre el plazo razonable dentro del que debe tramitarse una determinada causa, para ello es necesario fijar el momento de inicio o de comienzo conocido como *dies a quo*, así como el otro momento de finalización del proceso que se refiere a ese instante en que el proceso debe concluir, o lo que se conoce con la denominación de *dies ad quem*.

A partir del referido Caso Genie Lacayo de 1997, la teoría del análisis global del procedimiento, ha sido asimilada por la Corte IDH en otros casos, así: en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador en Sentencia de 12 de noviembre de 1997 manifestó: “dicho plazo debe comprender todo el procedimiento”<sup>861</sup> ... realizar un estudio global del procedimiento ... la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses ... este período excede en mucho el principio de plazo razonable”<sup>862</sup>; en el caso Caso López Álvarez Vs. Honduras en Sentencia de 01 de febrero de 2006 se indicó: “con la aprehensión ... fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento”<sup>863</sup> ... en el estudio global del proceso penal ... se advierte que éste se extendió por más de seis años. El Estado no observó el principio del plazo razonable ...”<sup>864</sup>; Caso Bayarri c. Argentina en 30 octubre de 2008, se expresó que: “debe apreciar en

---

<sup>858</sup> Razonamiento reiterado en el Caso Vernillo Vs. Francia, Sentencia de 20 de febrero de 1991; Caso Unión Alimentaria Vs. España, Sentencia de 07 de febrero de 1989.

<sup>859</sup> Párrafo 81.

<sup>860</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op cit., p. 315.

<sup>861</sup> Párrafo 71.

<sup>862</sup> Párrafo 73.

<sup>863</sup> Párrafo 130.

<sup>864</sup> Párrafo 136.

relación con la duración total del procedimiento penal<sup>865</sup> ... proceso judicial duró aproximadamente trece años<sup>866</sup> ... el Estado violó el artículo 8.1 de la CADH<sup>867</sup>; asimismo en el Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia en 27 noviembre de 2008 se reiteró que: “La razonabilidad de dicho retraso ... se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva”<sup>868</sup>.

En países de la región andina como en Colombia, la Corte Constitucional de Colombia, acogiendo los parámetros fijados por el Tribunal Europeo, asumidos por la Corte IDH (sin precisar qué sentencia del TEDH o de la Corte IDH), expresó: “Los parámetros señalados por estos entes, definen la razonabilidad del plazo ... y (iv) el análisis global de procedimiento”<sup>869</sup>; asimismo refiriéndose al trabajo de la Corte IDH (casos de 1997: Genie Lacayo Vs. Nicaragua y Suárez Rosero Vs. Ecuador), entendió que: “dicho tribunal estableció que el mencionado examen puede ser sustituido por un análisis global del procedimiento”<sup>870</sup> (mencionando el caso Motta Vs. Italia de 1991 o el Caso Vernillo Vs. Francia de 1991).

En el Perú el Tribunal Constitucional refiriéndose al análisis global del procedimiento, en el Exp. 05350-2009-PHC/TC asumiendo de manera expresa la Sentencia del Caso Bayarri Vs. Argentina de 2008, señaló que se: “mantiene la doctrina del no plazo, es decir, que ... el plazo no se mide en función de días, meses o años establecidos en forma fija y abstracta, sino caso por caso, en función al análisis global del proceso penal”<sup>871</sup>. Asimismo, en el Exp. 5291-2005-PHC/TC, al referirse al caso Genie Lacayo Vs Nicaragua emitido por la Corte IDH, expresó: “aplicando el criterio de análisis global del procedimiento ... se comprueba que el proceso penal que se les sigue a los recurrentes viene durando más de doce años.”<sup>872</sup>.

---

<sup>865</sup> Párrafo 105.

<sup>866</sup> Párrafo 106.

<sup>867</sup> Párrafo 107.

<sup>868</sup> Párrafo 154.

<sup>869</sup> Sentencia T-1249/04

<sup>870</sup> Sentencia C-1154/05

<sup>871</sup> STC Exp. 05350-2009-PHC/TC, emitida el 10 de agosto de 2010, por el Tribunal Constitucional del Perú, punto 32.

<sup>872</sup> STC Exp. 5291-2005-PHC/TC

En Bolivia, en la SC 101/2004, se realizó la mención de la existencia de un: “plazo global establecido”, mención que se ha efectuado confundiendo criterios de razonabilidad del plazo, aspecto al que se hará posterior referencia.

Los diferentes órganos colegiados de protección constitucional, han reconocido la existencia del criterio del análisis global del procedimiento, haciendo mención expresa al razonamiento de el TEDH (Colombia): desarrollado por la Corte IDH (Colombia, Perú) o simplemente mencionado (Bolivia); en todo caso, está claro que los Tribunales y Corte Constitucional de la Región Andina, han asumido el criterio del análisis global.

#### IV.1.3.1.1 *Cómputo del plazo: inicio*

Hay que tener en cuenta que el derecho a recibir justicia dentro de un plazo razonable se sustenta en que: “el transcurso de un largo período de tiempo desde la incoación (inicio) de la causa hasta su enjuiciamiento ... va a significar para el acusado una grave restricción de un derecho fundamental”<sup>873</sup>; máxime si se considera que el acusado podría ser una persona distinta a la que cometió la conducta delictiva, en cuyo caso se está lesionando nada menos que el bien jurídico de la libertad, provocándole al justiciable perjuicios irremediables, frente a la inseguridad y angustia por el retraso injustificado de la resolución de la causa a la que está siendo sometida, produciéndose en el supuesto una doble injusticia.

En el contexto del art. 7.5 de la CADH, tratándose de procesos en los que existe detenido, la Corte IDH, en 12 noviembre de 1997, en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, se señaló que: “el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo”<sup>874</sup>.

Esa misma Corte Internacional, en septiembre de 2004, en el Caso Tibi Vs. Ecuador, en 07 septiembre de 2004, señaló que: “La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión

---

<sup>873</sup> Pablo Lanzarote Martínez. *La Vulneración*, op. cit., p. 18 *in fine*-19

<sup>874</sup> Párrafo 70; en este caso, la demanda que motivó este caso, tiene como antecedente el arresto y detención del Sr. Iván Suárez Rosero, quién no habría sido presentado oportunamente ante un funcionario judicial, manteniéndolo incomunicado durante 36 días, sin darle respuesta en un plazo razonable a la invocación de sus garantías judiciales.

del individuo<sup>875</sup>; en la misma línea de lo manifestado en el Caso López Álvarez Vs. Honduras, en 01 febrero de 2006, cuando se indicó que: “el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión<sup>876</sup>; asimismo en el Caso Bayarri c. Argentina, en 30 octubre de 2008 se indicó: “la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1991 ... este proceso judicial duró aproximadamente trece años<sup>877</sup>”.

En consecuencia el momento en que una persona es privada de libertad por autoridades públicas, es el instante en que comienza a correr el cómputo del plazo, a efectos de determinar si la detención dentro de la tramitación de un proceso tuvo o no una duración razonable, como también entendió el Tribunal Constitucional del Perú, cuando señaló que: “El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) ... la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado<sup>878</sup>”.

Sin embargo es necesario precisar que el momento de la detención o aprehensión referida, puede coincidir con el momento del inicio de la investigación (que comprende la investigación fiscal, con el apoyo del trabajo de la policía), en tal caso no existe mayor inconveniente; pero en aquellas situaciones en las que no se de esa coincidencia, el término se inicia con el primer acto de la investigación, que consiste en la indicación oficial de una persona como sujeto de la persecución penal ante la autoridad pública (judicial, del Ministerio Público o la Policía) o lo que es lo mismo cuando toma conocimiento de la investigación, aunque con posterioridad se produzca la detención.

En el marco del art. 8.1 de la CADH, en la tramitación de todo tipo de proceso (en materia penal u otra), que no tenga detenidos, se aplica la doctrina del análisis global del procedimiento, considerándose al juicio en toda su integridad.

El TEDH, ya en 1982, en el Caso Eckle contra Alemania, entendió que los días de inicio del cómputo de un plazo razonable comienzan en el momento en

---

<sup>875</sup> Párrafo 169.

<sup>876</sup> Párrafo 130; en este caso Alfredo López Álvarez, fue privado de su libertad personal a partir del 27 de abril de 1997, por posesión y tráfico ilícito de estupefacientes; luego de anulaciones, el Tribunal de primera instancia dictó nueva sentencia, confirmada por la Corte de Apelaciones de la Ceiba, que absolvió al señor López Álvarez, pero éste permaneció detenido hasta el 26 de agosto de 2003.

<sup>877</sup> Párrafo 106.

<sup>878</sup> Como se manifestó en el Punto 4.1.19.b, de la Sentencia correspondiente al EXP. N.º 05350-2009-PHC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú.



que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica<sup>879</sup>.

En esa misma línea en 29 enero de 1997, en el caso *Genie Lacayo Vs Corte Vs. Nicaragua*, la Corte IDH para determinar el inicio del cómputo del plazo, excluyó el tiempo que transcurrió entre la investigación policial y el plazo que utilizó la Procuraduría General para formular acusación ante el juez de primera instancia: “realizando el cómputo a partir ... que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad ... han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que ... rebasa los límites de la razonabilidad”<sup>880</sup>.

El hecho de que el cómputo se inicie con el auto de apertura del proceso (que se da cuando una persona se encuentra ya formalmente acusada), es un razonamiento que utilizó la Corte IDH (sobre la base del mismo entendimiento del TEDH -aunque sin señalarlo de manera expresa-), razonamiento que no tuvo en cuenta que el derecho de acceso a la justicia (ligado al derecho al plazo razonable), empieza activarse desde el primer momento en que se pone en movimiento la actividad judicial, a solicitud del demandante (en materia penal, víctima y/o querellante) o del demandado (en materia penal imputado y/o acusado).

Corrigiendo ese tipo de interpretación sobre el inicio del cómputo de los procesos en los que no existe detenido, la Corte IDH en el Caso *Cantos Vs. Argentina*, en 28 noviembre de 2002, señaló que los años transcurridos se computan: “entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso”<sup>881</sup>, inicio del plazo (presentación de la demanda) que resulta ser a todas luces más prudente, que el otro criterio (auto de apertura) que iba en detrimento de la parte perjudicada con un proceso que se extendió en el tiempo, proceso que aunque conste de diversas fases o etapas, se inició con los actos que acreditan la activación judicial, como puede ser la demanda.

---

<sup>879</sup> Caso *Eckle Vs, Alemania*, Sentencia de 15 de julio de 1982; este mismo razonamiento se repite en el Caso *López Sole y Martín de Vargas contra España*, de fecha 28 de octubre de 2003, entre otros. Estos fallos y razonamientos, han sido expresamente asimilados por el Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, punto 16.

<sup>880</sup> Párrafo 81.

<sup>881</sup> Párrafo 57; en el mismo sentido el criterio de la Comisión Interamericana en los alegatos que en dicho caso presentó y que constan en el párr. 44.a de la indicada Sentencia.

La misma Corte IDH afina más el razonamiento, cuando en el Caso Tibi Vs. Ecuador, en 07 septiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal: “dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”<sup>882</sup>; en sentido similar se expresa en el Caso Bayarri c. Vs. Argentina, en Sentencia de 30 de octubre de 2008 cuando señaló que: “el plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”<sup>883</sup>.

El momento en que la autoridad toma conocimiento del caso, en realidad se constituye en el primer acto del procedimiento, que puede ser entendida no solo con la presentación de una demanda, sino con cualquier otro actuado que se ejercite ante autoridad pública, sea esta judicial o no, a través de una denuncia que conoce la policía, el Ministerio Público o incluso la autoridad judicial, durante el proceso de investigación, como contralor de las garantías constitucionales; con relación a la actividad jurisdiccional de las autoridades del órgano judicial, el Tribunal Constitucional del Perú, el 2009 señaló que: “El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por ... la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”<sup>884</sup>.

Si bien es cierto que el inicio del cómputo del plazo razonable es trascendental en cualquier acusación en materia penal, por estar en cuestión un derecho fundamental cual es la libertad de las personas; no es menos cierto que esa importancia también se extiende a todos aquellos litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil, en materia administrativa o de cualquier otra naturaleza; en todos estos casos se entiende que el cómputo se inicia a partir del momento en el que la autoridad judicial tiene conocimiento del primer acto del proceso o del primer momento en que se ejercita la acción ante la autoridad jurisdiccional.

En esa línea se expresó que: “La recepción de la noticia por el medio que fuere ..., o bien el requerimiento de la Autoridad con potestad para ello,

---

<sup>882</sup> Párrafo 168.

<sup>883</sup> Párr. 105.

<sup>884</sup> Como se manifestó en el Punto 4.1.19.b, de la Sentencia correspondiente al EXP. N.º 05350-2009-PHC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú.

determinan el momento inicial<sup>885</sup>, es decir que el inicio se da cuando una autoridad pública con jurisdicción (juez o tribunal de un órgano judicial, en materia penal, civil, laboral, etc. o una autoridad administrativa que conoce un determinado proceso, etc.), a través de cualquier medio (demanda, denuncia, comparecencia, etc.) tiene conocimiento de la existencia de las pretensiones de las partes y del litigio que surge con relación a ellas.

#### IV.1.3.1.2 *Cómputo del plazo: término o fin*

Con relación al momento en que concluye la tramitación de una causa (tanto para los procesos en general, como para los que tienen detenido), el TEDH en 1984, manifestó que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción<sup>886</sup>; la potestad jurisdiccional concluye cuando se emite la sentencia por la que se logra la: “satisfacción jurídica a una determinada pretensión mediante la solución definitiva del conflicto a través de un título jurisdiccional de ejecución, el cual abrirá las puertas al proceso de ejecución”<sup>887</sup>, que tiene por finalidad la realización judicial del derecho que se reconoció en la sentencia firme.

La conclusión del proceso con la sentencia ejecutoriada, es un criterio ha sido seguido expresamente por la Corte IDH en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, en sentencia de 12 de noviembre de 1997<sup>888</sup>; sin que esto no implique que en otros casos la Corte IDH haya mantenido el criterio, pero sin citar de manera expresa el razonamiento del TEDH, tal en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, Caso de López Álvarez Vs. Honduras en Sentencia de 1 de febrero de 2006, o en el Caso Bayarri Vs. Argentina en Sentencia de 30 de octubre de 2008.

Una vez más se evidencia, como el TEDH, tiene relevancia e impacto en los desarrollos que va creando la Corte IDH (que a su vez son asumidos por los tribunales nacionales, de manera expresa o implícita), que hace suyos los criterios

---

<sup>885</sup> Antonio Nicolás Marchal Escalona. *El atestado. Inicio del proceso penal*. Ed Aren S.L, Madrid, 1999, p. 91

<sup>886</sup> Caso Arrêt Guincho Vs. Portugal, Sentencia de 10 de julio de 1984, párr. 29.

<sup>887</sup> Vicente Gimeno Sendra: *Introducción al Derecho Procesal*, 4ta. edición, Ed. Colex, Madrid, 2006, p 289

<sup>888</sup> Párr. 71.

que años antes ya han sido reconocidos o declarados por ese organismo del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.

#### **IV.1.3.2 Los criterios de razonabilidad**

Resulta ser un verdadero problema el determinar a cabalidad que se entiende por las palabras de plazo razonable, al ser esa una expresión vaga y con falta de precisión, razón por la que no se puede determinar de manera abstracta su alcance exacto, debiendo serlo a la luz de circunstancias particulares del caso<sup>889</sup>.

Con la madurez y desarrollo que va teniendo el Tribunal Europeo, se estableció con mayor precisión cuales serían en general las circunstancias particulares a ser evaluadas en cada caso, conocidas ya en la doctrina con el nombre de los criterios de razonabilidad del plazo, que ayudan a determinar si la tramitación de una causa se ha efectuado dentro de un plazo razonable o no, han sido creados por el por el TEDH, básicamente en un número de tres, tales: **a)** la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse a un cuidado en las circunstancias concretas; **b)** la conducta procesal del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso y; **c)** la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso<sup>890</sup>; estos serían los criterios que a la luz de la jurisprudencia del TEDH ayudarían a determinar la razonabilidad del plazo.

Los mismos han sido asumidos por la Corte IDH en 1997 en el Caso Genie Lacayo Vs Nicaragua<sup>891</sup>, cuando se refirió a: **a)** la *complejidad de un asunto*, que podrá darse por diversas causas, sea que el proceso tenga muchas partes, o

---

<sup>889</sup> Caso S. Wemhoff, Sentencia de 27 de junio de 1968

<sup>890</sup> Casos Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30; transcritos en el Caso Genie Lacayo, párr. 77. Sin embargo este razonamiento, ya se dio en casos anteriores Zimmermann y Steiner Vs. Suiza, Sentencia de 13 de julio de 1983; Caso Neumeister Vs. Austria, Sentencia de 27 de junio de 1968; Ringeisen Vs. Austria, Sentencia de 16 de julio de 1971; Kónig Sentencia de 28 de julio de 1978.

<sup>891</sup> El supuesto fáctico que ha motivado esa decisión judicial, tiene como antecedente una demanda en la que se afirma que los agentes del Gobierno, actuando bajo la investidura de la función pública, realizaron acciones que causaron denegación de justicia; se menciona la no tramitación del proceso interno dentro de un plazo razonable y la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana; todas esas acciones impidieron una investigación imparcial para sancionar a los responsables e indemnizar a los familiares de la víctima del delito de homicidio, Jean Paul Genie Lacayo.

tenga que llevarse adelante peritajes muy difíciles, o se necesiten exhortos en otros tribunales y otros; **b)** la *actividad procesal del interesado*, que tendrá que actuar de buena fe, no siendo imputable en su contra la utilización de los recursos que le da la ley y **c)** la *conducta de las autoridades judiciales*, en la medida que cualquier atraso debe tener su justificación, en la medida que corresponde al Estado organizar una justicia que funcione<sup>892</sup>, situación similar que se reconoció en otros casos<sup>893</sup>.

En el trabajo de la Corte IDH, no solo se limitó a seguir los tres criterios desarrollados por el Tribunal Europeo, amplió el razonamiento, en el Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia<sup>894</sup>, oportunidad en la que se pronunció la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, en la que a los tres criterios de razonabilidad referidos, se sumo otro, en sentido de que: “se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia”<sup>895</sup>.

Este criterio permite un nuevo parámetro de valoración para determinar la razonabilidad del plazo de la duración del proceso, que estará en función al tipo de proceso que se trate y a las circunstancias particulares que se encuentre un sujeto procesal; así por ejemplo si hablamos de un proceso de tipo penal, la gravedad que puede tener la extensión extrema del proceso con relación a la parte, pues está relacionada con un derecho esencial cual es la libertad de la persona; pero si hablamos de un proceso de otra naturaleza, como es uno de tipo social, la gravedad podrá estar afectando a un trabajador o ex trabajador, que se encuentra impedido de gozar de los medios de subsistencia que necesita para vivir, o situación similar puede darse cuando se trata de un proceso de asistencia familiar o de pensiones para un menor.

---

<sup>892</sup> Ideas que se extraen de los párrs. 78-80 de la indicada Sentencia del caso Genie Lacayo.

<sup>893</sup> Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 07 de junio de 2003; Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003; Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003; entre otros.

<sup>894</sup> Tiene como antecedente que el 27 de febrero de 1998 Jesús María Valle fue asesinado mediante dos disparos a la cabeza, los elementos de juicio disponibles indican que el móvil del asesinato fue el de acallar las denuncias del defensor de derechos humanos Jesús María Valle sobre los crímenes perpetrados en el Municipio de Ituango por paramilitares en connivencia con miembros de la Fuerza Pública. Solo transcurridos casi nueve años, se ha condenado a tres civiles, en ausencia, y no existen investigaciones judiciales orientadas a la determinación de responsabilidad alguna de agentes del Estado.

<sup>895</sup> Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, párr. 155.

En todo caso este nuevo criterio establecido legítimamente en el Caso Valle Jaramillo y otros Vs Colombia, ha sido reconocido de manera expresa como un cuarto elemento o criterio de razonabilidad para la determinación del plazo, como se señaló en el Caso Kawas Fernández Vs. Honduras<sup>896</sup>, Sentencia de 3 de Abril de 2009, en la que se manifestó: “La Corte estableció que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: **a)** complejidad del asunto, **b)** actividad procesal del interesado, **c)** conducta de las autoridades judiciales, y **d)** afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.”.

A la luz de estos cuatro criterios, unas veces recogiendo todos y otras no, los diferentes Tribunales o Cortes Constitucionales de la Región Andina, han analizado el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, reconociendo de manera expresa que dichos criterios que partieron de el TEDH fueron asimilados por la Corte IDH, así señaló el Tribunal Constitucional del Perú, entre otros tribunales, cuando manifestó: “Esta posición jurisprudencial es mantenida no sólo por la Corte IDH, sino también por el TEDH y es seguida por varios tribunales constitucionales de América Latina y de Europa”<sup>897</sup>.

En los países de la región andina como es el caso de Bolivia, es necesario referirse a la SC N° 0101/2004 de 14 de septiembre<sup>898</sup>, pronunciada por el Tribunal Constitucional de Bolivia en una acción de control normativo o demanda abstracta de inconstitucionalidad, la misma que fue estimada (pues se declaró la

---

<sup>896</sup> En el indicado Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, la Comisión indicó que al momento de su muerte la señora Kawas Fernández era presidenta de la Fundación para la Protección de Lancetilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat y que en dicha condición “denunció entre otras cosas, los intentos de personas y entidades privadas de apoderarse ilegalmente de la Península de Punta Sal, la contaminación de las lagunas y la depredación de los bosques de la región”; también indicó que tras la muerte de aquella “graves omisiones demuestran que las autoridades estatales no adoptaron con la debida diligencia todas las medidas que eran necesarias para impulsar una investigación que pudiera llegar a un resultado concreto.”.

<sup>897</sup> EXP. N.º 05350-2009-PHC/TC, punto 4.2.32.

<sup>898</sup> En este caso, se ha demandado la inconstitucionalidad de la Ley 2683 de 12 de mayo de 2004 por violar presuntamente los arts. 6, 9.1, 16.IV y 116.X de la Constitución Política del Estado (CPE), porque por disposición Tercera Transitoria del nuevo Código de procedimiento penal, (CPP), el legislador estableció un corte en el tiempo al indicar que a partir del 31 de mayo de 2001, todos los procesos del sistema antiguo deberían ser concluidos en el plazo máximo de cinco años bajo pena de extinción; asimismo, en atención al Régimen de Transición establecido en la parte final del indicado Código de Procedimiento Penal, el legislador también determinó que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable se aplica a toda persona sometida a un proceso; demanda que ha dado lugar a que se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de la Ley 2683 de 12 de mayo de 2004, con los efectos establecidos por el art. 58 de la LTC, en la referida SC.

inconstitucionalidad solicitada), con los argumentos o razones que en la misma se expresaron.

Se adoptó en la mencionada decisión constitucional: “el criterio del TEDH que señaló en reiterados fallos que para considerar la duración razonable de un proceso penal, debía considerarse la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales”; asimismo se manifestó que esa: “doctrina ha sido asumida por el Tribunal Constitucional de España que entre los criterios para establecer el derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas ... (Sentencia 313/1993)”; además también se fundó en el análisis que realizó la CIDH, que consideró que el concepto de “plazo razonable”, debe medirse de acuerdo a tres criterios: “...la complejidad del litigio, la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma cómo se ha tramitado la etapa de instrucción en el proceso”<sup>899</sup>.

Sin embargo en esta misma Sentencia, también se manifestó que: “no es posible considerar factores como la complejidad del asunto y sus circunstancias, que han sido asumidas dentro del plazo global establecido”; en este punto se evidencia una clara confusión entre los criterios de razonabilidad y el análisis global del proceso que no son lo mismo; por una parte la complejidad del asunto es uno de los cuatro criterios para establecer la razonabilidad en la duración de un proceso; por otra parte el análisis global del proceso no forma parte de uno de esos cuatro criterios de razonabilidad (como se entiende de la lectura de dicha sentencia), sino que es independiente (aunque relacionado), siendo ambas doctrinas bases para establecer la violación o no al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable.

No podría dejar de mencionarse la SC 1066/2010-R<sup>900</sup> de 23 de agosto de 2010, en la que se manifestó que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se produce cuando se incumplen los plazos previstos por ley “de acuerdo a la doctrina, y a la jurisprudencia tanto del TEDH como de la Corte IDH

---

<sup>899</sup> Informe 43/96. Caso 11.430, 15 de octubre de 1996, punto 54, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recogido en la indicada SC N° 0101/2004 de 14 de septiembre.

<sup>900</sup> Esta es una acción de tutela (Amparo Constitucional), que se conoció como consecuencia de la tramitación de una excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, señalando que el proceso se inició con la denuncia en sede policial el 4 de agosto de 2003 y que hasta la fecha de presentación de la excepción, transcurrieron más de los tres años previstos en el art. 133 del CPP.

(Genie Lacayo, de 29 de enero de 1997 y Suárez Rosero de 12 de noviembre de 1997)” debiendo considerarse en cada caso que se justifique: “1) La complejidad del asunto o causa ... 2) El comportamiento del imputado durante el proceso ...; y, 3) La actuación del órgano judicial para determinar si éste fue el causante de las dilaciones por su inactividad judicial”.

Vale decir, que en la mencionada SC (2010), se asumió la jurisprudencia de Derechos Humanos (1991), que a su vez fue tomada por la Corte IDH (en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua en 1997) con relación a los tres primeros criterios de razonabilidad; sin embargo de ello, llama la atención el poco cuidado que observó el Tribunal Constitucional de Bolivia, al no referirse al cuarto criterio, relativo a la gravedad de las consecuencias para la parte que tenga demora en el proceso, o lo que es lo mismo el criterio referido a la razonabilidad de la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, como se desarrolló posteriormente por la Corte IDH, en el Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia (2008) y el Caso Kawas Fernández vs. Honduras (2009).

En Colombia, la Corte Constitucional, en Sentencia T-1249/04<sup>901</sup>, sin citar casos concretos, hizo mención a los parámetros fijados por el TEDH, acogidos por la Corte IDH (así como por la Comisión), con relación al derecho de las personas de los diferentes Estados, en sentido de que sus procesos se tramiten sin dilaciones injustificadas; en un razonamiento inicial<sup>902</sup>, la razonabilidad del plazo fue analizada únicamente con relación a los tres criterios<sup>903</sup> referidos en el Caso Genie Lacayo de la CIDH (aunque sin señalarlo de manera expresa), pero párrafos más abajo<sup>904</sup>, se refiere y transcribe los cuatro criterios que en consideración a las circunstancias particulares, ayudan a la determinación del plazo, entre los que se encuentran: “(i) el volumen de trabajo y el nivel de

---

<sup>901</sup> La ciudadana Castellanos Calvo, junto con 1500 personas más dirigió una acción contra un Banco demandando indemnización por el cobro excesivo de intereses; a su vez planteó una acción constitucional, que dio lugar a la sentencia señalada, porque consideró que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo omitieron su deber de vigilar la actuación del Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, que dilató el proceso.

<sup>902</sup> Punto 2 del apartado: “El derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. Definición de la garantía del plazo razonable”.

<sup>903</sup> “Los parámetros señalados por estos entes, definen la razonabilidad del plazo según (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales y (iv) el análisis global de procedimiento.”, cit. supra, Sentencia T-1249/04

<sup>904</sup> Punto 8 del apartado: “El derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. Definición de la garantía del plazo razonable”.



congestión de la dependencia (parte del juicio del responsabilidad desde la perspectiva del sistema), (ii) el cumplimiento de las funciones propias de su cargo por parte del funcionario, (iii) complejidad del caso sometido a su conocimiento y (iv) el cumplimiento de las partes de sus deberes en el impulso procesal.” .

El mismo razonamiento de aplicación de los referidos cuatro criterios, se ha mantenido en casos posteriores, tal en Sentencia C-1154/05 y en Sentencia T-1025/07905, con la única diferencia que en el último caso, se hizo mención expresa al caso Genie Lacayo resuelto por la Corte IDH, que asumió los criterios del TEDH.

Por la relación detallada se llega a la conclusión de que en Colombia, los tres criterios de razonabilidad que partieron del TEDH, que fueron asumidos por la Corte IDH, más el cuarto criterio creado por esta última, han sido asimilados por la Corte Constitucional de Colombia, unas veces haciendo mención expresa a los casos que establecieron esos criterios, otras no, pero en todos refiriéndose los razonamientos internacionales que se los rescata para resolver las causas y procesos que se conocen a nivel interno del Estado Colombiano.

En Venezuela, la Sala Constitucional, emitió la Sentencia 04-1554/2005<sup>906</sup>, en la que a tiempo de conocer y resolver una causa, donde se denunció el derecho a un proceso sin violaciones indebidas, de manera expresa se refirió a los criterios expuestos por la Corte IDH en el caso Genie Lacayo: “donde se previó que para determinar la temporalidad y razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso, se deben analizar tres elementos: a) la complejidad del caso, b) la actividad procesal del interesado y, c) la conducta de las autoridades judiciales.”.

Ese pronunciamiento si bien se refirió a que el razonamiento partió en América de una Sentencia de la Corte IDH, sin embargo no se mencionó al antecedente de ese fallo internacional, que no otro que una Sentencia del TEDH, limitándose analizar si se dieron o no en el caso los tres criterios de razonabilidad; tampoco se hizo mención al cuarto criterio, porque en el momento de emisión de

---

<sup>905</sup> El ciudadano Javier Giraldo Moreno, como representante de la Comunidad de Paz de San José de Apartado, instauró una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, bajo la consideración de que éste había vulnerado el derecho de los miembros de la Comunidad a acceder a la justicia.

<sup>906</sup> En este caso se declaró a lugar una acción de amparo constitucional contra la omisión de pronunciamiento de un Juzgado de Primera Instancia, con relación a las consideraciones apuntaron a la ausencia de diligencia en la resolución de lo litigioso.

dicho fallo (2005), todavía no existía el Caso Valle Jaramillo Vs Colombia (2008), en el que la Corte IDH trabajó el criterio cuarto relativo a la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Ha sido en el Perú, donde su Tribunal Constitucional desarrolló mejor el contenido de los criterios de razonabilidad, primero en la STC Exp. 5291-2005-PHC/TC<sup>907</sup>, en la que se aplicó el test de la razonabilidad del plazo desplegados por la Corte IDH, refiriéndose a los tres criterios mencionados en el Caso Genie Lacayo Vs Nicaragua, que fue citado de manera expresa, al igual que el Caso Suárez Rosero Vs Ecuador.

Esos tres criterios, más el cuarto que partió del Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, en contenido han sido a su vez interpretados y ampliados por el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 05350-2009-PHC/TC<sup>908</sup>, Sentencia en la que con relación al *primer criterio* de complejidad del asunto, se señaló que el mismo debe determinarse en función de cuatro circunstancias, que de manera alternativa (o conjunta) pueden reflejarse en: “ a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos ...; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil ...; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados ...”<sup>909</sup>; con relación al *segundo criterio* referido a la actividad o conducta procesal del imputado, se indicó que en caso de que el imputado demuestre un comportamiento procesal dilatorio es: “es necesario verificar si ésta ha sido obstruccionista o dilatoria y si ha transcendido o influido en la resolución de éste, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición”<sup>910</sup>; el *tercer criterio* es el relativo a la conducta de las autoridades judiciales, las mismas que deben ser evaluados dentro de tres campos: “a) la insuficiencia o escasez de los tribunales; b) la complejidad del régimen procesal; y c) si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a

---

<sup>907</sup> El Congresista de la República Don Heriberto Manuel Benítez Rivas, interpone demanda de hábeas corpus en su favor y en el de su señora madre, puesto que, a pesar de haberse extinguido la acción penal en su contra, aún se mantiene vigente un proceso penal en el que se dictó mandato de comparecencia.

<sup>908</sup> Se interpuso una demanda de hábeas corpus a favor de don Julio Rolando Salazar Monroe, contra las juezas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, precisando que el proceso penal cuestionado se viene vulnerando el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por cuanto su mandante se encuentra procesado por más de quince años por el caso “Barrios Altos”

<sup>909</sup> Punto 4.2.1.24 de la STC Exp. 05350-2009-PHC/TC.

<sup>910</sup> Punto 4.2.2.25 de la STC Exp. 05350-2009-PHC/TC.

la pronta resolución del proceso penal”<sup>911</sup>; finalmente el *cuarto criterio*, que se encuentra relacionado con la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, implica establecer si: “el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante ... si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico”<sup>912</sup>.

Del contenido de la indicada STC Exp. 05350-2009-PHC/TC (emitida el 10 de agosto de 2010), es indudable que el Tribunal Constitucional del Perú, es el órgano colegiado constitucional que en la Región Andina, ha recogido de manera más extensa todos los razonamientos que sobre la duración del proceso se realizaron por el TEDH (1991), se asimilaron por la Corte IDH (1997 adelante) y se profundizaron como mejoraron esos criterios por el Tribunal Constitucional del Perú (2010).

De la relación precedente se llega a la conclusión de que los criterios de razonabilidad expresados por el TEDH (que se dio en 1968, 1983, 1991 y otros)<sup>913</sup>; se irradiaron al contexto europeo (tal la emitida por el Tribunal Constitucional de España en 1993); fueron asumidas por la Corte IDH (a partir de 1997 en el Caso Genie Lacayo) en varios casos, que citados expresamente o no, fueron asimilados por los tribunales de garantías constitucionales de la Región Andina (Bolivia, Colombia, Venezuela y Perú).

#### IV.1.3.2.1 *La carga de la prueba y su valoración*

Conforme a los criterios de razonabilidad antes detallados, desde el punto de vista de los sujetos procesales, corresponde preguntarse ¿sobre quién pesa la carga de la prueba de acreditar que un proceso fue sometido a una duración indebida o no?, teniendo en cuenta que desde la óptica de la autoridad jurisdiccional la valoración de un plazo razonable es abierta y diversa en cada asunto, en el que se podrá apreciar la celeridad de la resolución en función a la armonía que debe haber entre: “la posibilidad de las partes de poder desarrollar

---

<sup>911</sup> Punto 4.2.3.26 de la STC Exp. 05350-2009-PHC/TC.

<sup>912</sup> Punto 4.2.4.27 de la STC Exp. 05350-2009-PHC/TC.

<sup>913</sup> Citado en el caso Genie Lacayo.

sus defensas y la posibilidad del juez de disponer del tiempo necesario para examinar cuidadosamente las alegaciones y las pruebas”<sup>914</sup>.

Tratándose de procesos de corte internacional, donde son partes una persona individual frente a un determinado Estado, la Corte IDH, en el Caso Hilaire y otros Vs. Trinidad y Tobago, se señaló que: “Corresponde al Estado exponer y probar la razón por lo que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular”<sup>915</sup>; lo que significa que cuando en una acción internacional un particular denuncia que el plazo de la tramitación de un proceso o su detención es excesivo, corresponderá al Estado demandado la carga de la prueba, produciéndose lo que en derecho procesal se conoce como la inversión de la carga prueba, para restablecer el equilibrio que siempre debe existir en todo tipo de relaciones, más aún las que se dan entre un particular Vs. a un determinado Estado.

Sin embargo, antes de acudir a una instancia internacional, de acuerdo al principio de subsidiaridad que rige el SIDH<sup>916</sup>, es necesario que cada Estado resuelva sus litigios en el marco de su ordenamiento jurídico interno; en esa medida se está frente a procesos que se tramitan dentro de cada uno de los Estados, donde las partes son particulares Vs. particulares y/o autoridades del Estado.

En el contexto nacional, cuando una persona considera que esta siendo sujeto a un proceso o está detenido de manera indebida, por violarse el derecho a un plazo razonable, puede reclamar esa situación ante las autoridades del orden interno, en la jurisdicción ordinaria dentro de los procesos de diversa materia, y agotados esos medios ante la jurisdicción constitucional<sup>917</sup>, planteando las acciones que puedan ser pertinentes.

En **Bolivia**, la referida SC 101/2004 emitida por el Tribunal Constitucional, en la que se asumió los criterios de la razonabilidad del plazo, ha sido complementada por AC 0079/2004-ECA, en el que se estableció que quien solicite la extinción de la acción penal debe fundamentar que la mora procesal es de responsabilidad del órgano judicial o del Ministerio Público, precisando de

---

<sup>914</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op cit., p. 312.

<sup>915</sup> Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 145.

<sup>916</sup> Conforme a lo regulado por el art. 46.1 de la Convención Americana.

<sup>917</sup> Lo que no se da en Bolivia, como se pasa a demostrar.

manera puntual en qué parte del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada; razonamiento que a su vez ha sido ampliado por SC 0033/2006-R, en la que se expresó que corresponde al que solicita la extinción de la acción, probar que la mora procesal es atribuible al órgano judicial o al Ministerio Público, individualizando esa prueba y señalando expresamente las fojas en las que cursan los actuados procesales.

De la relación precedente, se tiene que constituye en una carga del solicitante o procesado precisar, acreditar y probar que la mora es atribuible a las autoridades públicas (Ministerio Público u órgano judicial), caso contrario en la jurisdicción ordinaria y dentro de la tramitación de un proceso cualquiera, no podrá demostrar los hechos que alega, vinculados a la pretensión del reconocimiento de un trámite con dilación indebida, menos por tanto podrá solicitar la extinción del proceso penal u otro tipo de solicitud.

En este caso particular (Bolivia), la situación se agrava mucho más para el solicitante que al no haber encontrado respuesta en la jurisdicción ordinaria acude ante la jurisdicción constitucional, denunciando violación al derecho a un proceso en tiempo razonable; al respecto el Tribunal Constitucional de Bolivia en SC 1066/2010-R manifestó que: “la justicia constitucional no le corresponde valorar los elementos probatorios presentados por las partes para determinar si los actos dilatorios son atribuibles al imputado, al órgano judicial o al Ministerio Público, pues esa es una facultad privativa de la jurisdicción ordinaria, correspondiéndole a la justicia constitucional únicamente analizar si la Resolución se encuentra debidamente fundamentada”, razonamiento que ha sido reiterado en SS.CC. Nos. 0060/2011-R, 1435/2010-R, entre otras; es decir que la jurisdicción constitucional se ha declarado incompetente para analizar los elementos probatorios que permitan determinar si una autoridad violó o no el derecho de un particular a la tramitación de un proceso dentro de un plazo razonable.

Por todo lo manifestado se tiene que en Bolivia solamente es ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria, donde una persona o particular tiene la carga de acreditar la dilación indebida que denuncia, carga que no recae en contra de las autoridades públicas, lo que correspondería en una adecuada lógica jurídica y asumiendo el criterio protectorio de la Corte IDH, que lamentablemente ha sido ignorado por el Tribunal Constitucional, que desconoció que en doctrina

internacional la carga de la prueba se encuentra a cargo del Estado o de la autoridad pública, frente a un particular.

La situación del particular afectado en su derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, se agrava aún más porque la jurisdicción constitucional se cierra para valorar la carga de la prueba o se declara incompetente para aquello; con ese razonamiento el Tribunal Constitucional de Bolivia, ha ignorado que el debido proceso no se agota con analizar uno de sus elementos como es la “razonabilidad del fallo” (como se señaló en la cuestiona SC 1066/2010-R), ya que el debido proceso tiene también otros elementos como es la duración razonable del proceso, que para establecerla y llegar a la conclusión de que se violó o no, debe de manera necesaria ser valorada la prueba que se presente para el efecto.

Finalmente, con relación a esas conclusiones señaladas en los dos párrafos precedentes, se tiene que en Bolivia, el Tribunal Constitucional no consideró que en un futuro mediato, esos razonamientos podrían provocar responsabilidad internacional al Estado boliviano, con todas las consecuencias que aquello implicaría.

#### **IV.1.4 Consecuencias jurídicas de la violación**

El derecho a un plazo razonable, es un derecho autónomo e inclusivo a ambos sujetos procesales, quienes en la tramitación de un proceso, buscan que en un lapso de tiempo suficiente, se resuelvan sus controversias y que la autoridad jurisdiccional, les dé respuestas razonables a sus diversas y generalmente contrarias pretensiones jurídicas.

En la mayoría de los Estados partes de la CADH, las pretensiones de las partes de obtener respuestas prontas no se satisfacen, en la medida que se está frente a una administración de justicia lenta; lo que no puede atribuirse como responsabilidad única y exclusiva al trabajo que vienen desarrollando las autoridades del órgano judicial, sino que responden a problemas estructurales y del mismo sistema de la administración de justicia.

Cuando no se resuelven las controversias de las partes oportunamente, los operadores de la administración de justicia violan su derecho a un plazo razonable, provocando consecuencias jurídicas, por los perjuicios que se les ha

ocasionado, dando lugar a la obligación del Estado de reparar a la víctima, reparación que generalmente es de naturaleza económica, pero que además siempre debería ir acompañada de la adopción de medidas necesarias de tipo administrativo, legislativo o de otra naturaleza, que sirvan para solucionar el problema que ya resulta endémico en la administración de justicia, en forma particular en América, pero que alcanza a casi todos los países de los diferentes continentes.

Las reparaciones a la víctima por el perjuicio ocasionado como consecuencia de la violación del derecho a un proceso en plazo razonable, ha sido considerado por Pablo Lanzarote Martínez, como un requisito más que se sumaría a los criterios de razonabilidad -a los que ya se hizo referencia-, así señaló que: “junto a ellos (criterios de razonabilidad), debe ser asimismo analizado el requisito del perjuicio causal de la dilación no razonable que el titular del derecho fundamental deba soportar como presupuesto necesario para la aplicación del oportuno remedio paliativo de las consecuencias de la vulneración”<sup>918</sup>; esa apreciación no se la comparte, en la medida en que si bien es cierto que los criterios de razonabilidad y los perjuicios que se ocasionan por la demora, son aspectos relacionados (porque lo uno ocasiona lo otro), no por ello pueden formar parte de lo mismo, en la medida en que los unos son causa de los otros, o lo que es lo mismo, los efectos (reparaciones a las víctimas), son consecuencia de las causas (que se dan cuando se aplican los criterios de razonabilidad).

#### **IV.1.4.1 Reparación integral**

Desde el punto de vista del derecho internacional público, los derechos reconocidos en los tratados, implican una doble obligación por parte de un Estado: primero cumplir la obligación primaria, que se refiere a respetar y cumplir los derechos consagrados en la norma<sup>919</sup> y; segundo cumplir con una obligación secundaria -que nace del incumplimiento de la primera-, que se refiere a satisfacer a la víctima con la reparación de los daños que se le haya ocasionado.

---

<sup>918</sup> Pablo Lanzarote Martínez. *La Vulneración*, op. cit., p. 23

<sup>919</sup> Ejemplo, respetar el derecho a un plazo razonable, dentro del marco de los arts. 8.1 y 7.5 de la Convención Americana.

Con referencia al primer tipo de obligación, los Estados asumen una obligación de resultado, que: “implica una obligación de comportamiento pues de las autoridades internas depende, al menos en buena medida, que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas”<sup>920</sup>; lo que implica que es obligación de cada uno de los Estados, organizar su sistema judicial de manera tal que jueces y tribunales resuelvan las causas que conocen dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

Con relación a ese segundo tipo de obligación la CADH establece: “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”<sup>921</sup>, resarcimiento que la jurisprudencia de la Corte IDH entendió que se trata de una “reparación integral” y que puede constituir en diversas formas de restitución, desde una compensación económica con indemnización por el daño material e inmaterial ocasionado, la satisfacción de la garantía de no repetición de los hechos que se consideran violatorios de derechos<sup>922</sup>, construcción de monumentos o centros educativos *in memoria*<sup>923</sup>, cubrir gastos de salud, conceder becas<sup>924</sup>, colocar el nombre de la víctima en calles o plazas<sup>925</sup> y otros.

La doctrina de una reparación integral es amplia e inclusiva, en: “contraste con el Sistema regional Europeo para la protección de los derechos humanos”<sup>926</sup>, por cuanto las resoluciones que vino emitiendo el TEDH se limitan a declarar la infracción y conceder indemnizaciones compensatorias, en el marco del art. 41 de la CEDH que regula la satisfacción equitativa; así también lo reconoció la doctrina, cuando señaló que: “Desde siempre la jurisprudencia del TEDH ha estimado la reparación económica como vía de corrección ante la infracción del derecho mediante la vía general indemnizatoria”<sup>927</sup>; a diferencia de la: “jurisprudencia interamericana que en este punto resulta mucho más audaz y vanguardista”<sup>928</sup>.

---

<sup>920</sup> Ana Salado Osuna: “El plazo razonable, op. cit. p 301

<sup>921</sup> Art. 63.1 de la Convención Americana.

<sup>922</sup> Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, entre otros.

<sup>923</sup> Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, Caso Villagrán Morales Vs. Guatemala, entre otros.

<sup>924</sup> Caso Marcela Chibipuma Vs. Perú.

<sup>925</sup> Caso Benavides Ceballos Vs. Ecuador.

<sup>926</sup> María Carmelina Londoño Lázaro: “El Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos” en *El Sistema Interamericano de ...* op. cit., p. 125.

<sup>927</sup> Pablo Lanzarote Martínez. *La Vulneración*, op. cit., p. 56

<sup>928</sup> Op. cit. supra.



Tratándose de violaciones al derecho a un plazo razonable, las consecuencias que contra el Estado infractor estableció la Corte IDH no se limitan única y exclusivamente a indemnizaciones económicas de tipo compensatorias u otras que formen parte de una reparación integral o de la *restitutio in integrum* como reparaciones novedosas -antes señaladas-, sino que va mucho más allá cuando en el Caso Bayarri c. Argentina se expresa: “El Estado debe concluir el procedimiento penal iniciado por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlo en los términos que la ley prevea, conforme a los párrafos 175 y 176 de la presente Sentencia y en el caso”<sup>929</sup>; o en el Caso Kawas Fernández vs. Honduras, en el que manifestó “El Estado debe concluir los procedimientos penales, o iniciar los correspondientes, por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlos en los términos que la ley prevea y dentro de un plazo razonable, conforme a los párrafos 189 a 195 de la presente Sentencia”<sup>930</sup>.

En consecuencia, cuando ante la Corte IDH se ha denunciado y se ha declarado la violación del derecho a un plazo razonable, se ha resuelto la reparación a la víctima con una compensación económica, además en algunos casos, con una orden dirigida a las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte, que establece la obligación de concluir el proceso en los que se incurrió en dilaciones indebidas.

#### **IV.1.4.2 Orden de conclusión del proceso penal**

Tratándose de procesos de materia penal, la orden de conclusión del proceso, implica una: “la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto y que se declare la inocencia o la responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal”, como en la Región Andina, en un momento determinado entendió el Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia emitida Exp. N° 03689-2008-PHC/TC de 22 de abril de 2009<sup>931</sup>.

---

<sup>929</sup> Punto 10 de la parte resolutive, de la referida sentencia.

<sup>930</sup> Punto 9 de la parte resolutive de la indicada sentencia.

<sup>931</sup> Fundamento Jurídico 10.

La solución que entonces dio el Tribunal Constitucional del Perú, en sentido de que a la brevedad se emita un pronunciamiento de fondo (inocencia o responsabilidad del procesado), es una que desde el punto de vista del derecho procesal de ambas partes en conflicto, es adecuada y conforme a los derechos humanos, porque concilia o armoniza los derechos de la parte demandante, que es víctima o la parte civil, con los derechos de la parte demandada que es el imputado o procesado, el primero que pretende se declare la responsabilidad del demandado y ese que se reconozca su inocencia, en ambos casos con miras a la conclusión del pleito; por eso el derecho a un plazo razonable es un derecho inclusivo y tutela a ambas partes que están en conflicto, a su vez su violación también afecta a ambas partes y no solo a una.

El correcto razonamiento contenido en la Sentencia de 22 de abril de 2009 (EXP. N.º 03689-2008-PHC/TC), lamentablemente fue cambiado en Sentencia de 09 de diciembre de 2009 (EXP. N.º 03509-2009-PHC/TC), en la que lejos de considerarse la necesidad de que las autoridades jurisdiccionales se pronuncien a la brevedad sobre una decisión de fondo que declare la inocencia o la responsabilidad (equilibrando los intereses de ambas partes), directamente se estableció la prohibición del Estado de continuar con la persecución penal o la pérdida de la legitimidad punitiva, entendida como: “un impedimento procesal que ... ataca la posibilidad de continuar ejerciendo la acción penal contra el afectado” dando lugar “al sobreseimiento definitivo del proceso contra quien vio afectado el derecho al plazo razonable”<sup>932</sup>, en la misma línea del desarrollo Alemán<sup>933</sup>.

Con esos razonamientos se favorece única y exclusivamente al procesado, pues el proceso en su contra deja de existir al ya no tener el Estado potestad punitiva, ignorándose las pretensiones de la víctima o la parte civil, de lograr el reconocimiento de la responsabilidad del autor de un determinado ilícito penal que le ha causado daño y; sin tener en cuenta que: “No hay cómo negar la condición

---

<sup>932</sup> Fundamento jurídico 7.

<sup>933</sup> En dicho país (Alemania) existe una posición dura que considera que la excesiva duración injustificada del proceso penal constituye un impedimento procesal que provoca la conclusión del proceso penal por sobreseimiento; además de otra posición algo más blanda, en sentido de que dilación indebida constituye una causa de atenuación de la pena. Kai Ambos. *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, pp. 28-29.

de víctimas” y sus derechos, quienes muchas veces: “tienen el cotidiano de sus vidas transformado en un calvario”<sup>934</sup>, en busca de justicia.

A su vez, la indicada Sentencia de 09 de diciembre de 2009 (EXP. N.º 03509-2009-PHC/TC), ha sido modulada en la Sentencia de 02 de agosto de 2010 (EXP. N.º 05350-2009-PHC/TC), que expresó: “la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC tiene que ser racionalizada y ampliada”<sup>935</sup>, en sentido de que al: “estimarse la demanda se ordenará a la Sala Penal emplazada que conoce el proceso penal que, en el plazo máximo de sesenta días naturales, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del favorecido”<sup>936</sup>; es decir que se da un plazo (60 días) para que se defina la situación jurídica del favorecido con el corte del proceso (como si fuera un sobreseimiento, o en su caso una absolución).

Con ese último razonamiento, se ha vuelto a desconocer que el derecho a un plazo razonable, no es exclusivo del procesado o demandado, que evidentemente puede estar perjudicado con una demora indebida, pero también esa situación afecta a la víctima o a la parte civil, que dentro de un plazo razonable también pretende lograr satisfacción jurídica y se establezca la responsabilidad del procesado; máxime si además ahora se establece un plazo (de 60 días) para que al vencimiento del mismo, de manera automática se pierda la legitimidad punitiva del Estado, sin considerar las circunstancias especiales que pueden gravitar en el caso concreto.

Se espera que en este punto la Corte IDH complete su razonamiento y aclare el alcance de la orden de conclusión del proceso, que debería tener el alcance desarrollado en un primer momento por el Tribunal Constitucional del Perú<sup>937</sup>, en sentido de que la orden de conclusión del proceso debe ser entendida como un mandato a las autoridades jurisdiccionales de que a la brevedad se pronuncien sobre el fondo del asunto, sea a favor o en contra de la víctima o parte civil o del procesado.

Finalmente la orden de conclusión del proceso, no solo puede dar lugar a un pronunciamiento de fondo (en el que se analice si se dio o no el ilícito demandado, declarando la responsabilidad o inocencia del procesado,

---

<sup>934</sup> Osvaldo Alfredo Gozaíni. *El Debido Proceso ...*, op. cit., p. 82.

<sup>935</sup> Punto 5.1.40.

<sup>936</sup> Punto 5.1.40.a.

<sup>937</sup> en la Sentencia de 22 de abril de 2009, EXP. N.º 03689-2008-PHC/TC.

respectivamente), sino también a una resolución en la que se analice la forma, determinando si se produjo o no la extinción de la acción penal, por el solo vencimiento del plazo máximo de duración del proceso; reclamo de forma que se efectúa primero ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria, agotada la vía ante autoridades de la jurisdicción constitucional<sup>938</sup>.

## **IV.2. DERECHO A UN JUEZ NATURAL**

### **IV.2.1 Marco normativo internacional**

Para que un Estado sea considerado como uno de derecho, es necesario que el mismo cuente con un sistema de administración de justicia lo suficientemente sólido y estructurado que permita a las personas particulares ejercitar su derecho de acceso a la justicia, es decir promover la actividad jurisdiccional y ser parte de un proceso en el que se demande el reconocimiento de derechos e intereses legítimos; como consecuencia se produce una controversia judicial, a cuya conclusión se emite una decisión definitiva por la autoridad jurisdiccional, que deberá hacer ejecutar lo juzgado.

La tramitación del proceso (de principio a fin) debe estar asegurada con un debido proceso, derecho a través del cual las personas gozan de un conjunto de garantías mínimas, por medio del reconocimiento también de un conjunto de derechos, entre ellos está la posibilidad de ser oídos por una autoridad competente, defenderse, asistencia letrada, etc., a fin de hacer valer sus derechos e intereses legítimos ante la autoridad judicial, que debe llevar adelante un proceso en el que finalmente se logre un resultado justo, para los sujetos procesales.

Cuando el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 señala que: “Toda persona tiene derecho de

---

<sup>938</sup> Por ejemplo, tal en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, dentro del Exp. 5291-2005-PHC/TC o la SC 1066/2010-R de 23 de agosto de 2010 pronunciada por el Tribunal Constitucional de Bolivia, que han analizado la violación al derecho a un plazo razonable, emergente de solicitudes de extinción de la acción penal por duración del proceso en tiempos superiores a los máximos establecidos en la ley.

presentar peticiones ... a cualquier autoridad competente ... obtener pronta resolución”, se está refiriendo al derecho de acceso a la justicia de cualquier particular, o al derecho de cualquier sujeto a plantear ante los juzgados y los tribunales, cualquier contienda judicial que afecte sus derechos o intereses legítimos; a su vez, las autoridades judiciales tienen la obligación de admitir el trámite que este enmarcado dentro del ordenamiento judicial y lo más importante que el juez natural o la autoridad judicial lleve adelante el juicio respetando un debido proceso y todos los derechos, garantías, valores y principios constitucionales que existan y sean aplicables al caso, a fin de emitir finalmente una resolución o decisión.

A su vez, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 se refirió al derecho de las personas a ser: “oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”; en el mismo sentido se ha regulado en la CADH de 22 de noviembre de 1969, que establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías ... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”.

En ambos casos se está refiriendo al derecho al debido proceso, que tienen las personas de participar en demanda y/o en defensa del reconocimiento de sus pretensiones jurídicas e intereses que resultan ser controvertidos, por lo que también gozan del derecho a un juez natural, a efectos de que sea una autoridad jurisdiccional (juez o tribunal) -competente, independiente e imparcial y establecido por ley anterior- el que resuelva sus controversias jurídicas, acorde al derecho y la justicia que nace de las leyes, así como de la Constitución y normas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

#### **IV.2.2 Noción y finalidad**

El derecho de acceso a la justicia del que demanda, así como el derecho a la defensa del demandado, mantienen una íntima conexión con el derecho al debido proceso, que en sí es una garantía que asegura que el litigio, sea resuelto por un juez competente, independiente e imparcial, autoridad jurisdiccional que

será quién defina sobre las pretensiones de las partes, reconociendo derechos e intereses dignos de protección jurídica en la tramitación de cualquier tipo de proceso y, en materia penal, reconociendo la inocencia o la culpabilidad de una persona que ha sido señalada como autora de un determinado ilícito.

Las “debidas garantías” reconocidas en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.1 de la CADH, se refieren al derecho de acceso a la justicia, al plazo razonable y al juez natural, que se aplican en la tramitación de todo proceso (sea civil, laboral, administrativo u otro cualquiera) y no solo en la tramitación de un proceso penal.

El resto de las garantías establecidas en el art. 8.2<sup>939</sup> de la referida Convención, en principio tienen: “aplicación en el ámbito del proceso penal y constituyen reglas básicas del debido proceso en esta materia”<sup>940</sup>; sin embargo ha sido la Corte IDH, que al resolver el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, mediante Sentencia de 31 de enero de 2001, desarrollo una importante doctrina con relación a la necesidad de la independencia del juez natural, decisión en la que con relación a las garantías mínimas manifestó: “la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”<sup>941</sup>.

Es decir que a partir de dicho razonamiento, el derecho a un proceso con todas las garantías: “se amplía hacia todo tipo de procesos el derecho a ser oído ... por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideren esenciales para un juicio justo”<sup>942</sup>; de tal manera que el ejercicio del poder público del Estado, no puede llevarse vulnerando o violando las garantías mínimas de todo proceso, -como es el derecho al juez natural, entre otras-, en esa medida los funcionarios públicos tienen la obligación de actuar con respeto al orden jurídico interno y a las exigencias establecidas en ordenamientos internacionales que los vinculan.

---

<sup>939</sup> Derechos a: la asistencia gratuita a un traductor, comunicación del inculpado, defensa personal y técnica, de recurrir un fallo, etc.

<sup>940</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *El Sistema ...*, op cit. p. 59.

<sup>941</sup> Párrafo 70.

<sup>942</sup> Osvaldo Alfredo Gozaíni. *El Debido ...*, op. cit. p. 61.

Para establecer la finalidad del derecho que se conoce, hay que tener en cuenta que: “Toda persona tiene derecho a ser oída ... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial ... para la determinación de sus derechos”, como se regula en el art. 8.1 de la CADH, con esa previsión normativa aunque no se: “menciona de manera expresa, se entiende” que la finalidad del derecho es: “la terminación normal de un proceso con la sentencia”<sup>943</sup>.

La decisión definitiva o sentencia que emite la autoridad pública que ejerza jurisdicción, es una potestad que tendrá no necesariamente un juez o tribunal que forme parte del Órgano Judicial, sino cualquier otro funcionario de otros órganos del Estado -como el Legislativo o Ejecutivo-, que simplemente ejerza jurisdicción y que en mérito a la misma, tenga competencia para resolver una controversia y definir una determinada situación jurídica.

De ahí que la autoridad pública (de cualquiera de los Órganos del Estado), aunque no tenga la denominación de juez o tribunal, cuando tiene jurisdicción y competencia para resolver los asuntos que se ponen a su conocimiento, es un juez natural, en esa medida la finalidad del derecho a un juez natural, es que una autoridad pública con competencia, independencia e imparcialidad pueda asumir determinaciones decisorias.

En consecuencia, lo importante del derecho en estudio, no es la denominación que tenga la autoridad -que puede ser llamado: juez, tribunal u otro-, sino que lo significativo es que la finalidad del derecho está dirigida a la naturaleza jurisdiccional de la función (de uno o de varios funcionarios de cualquier órgano del Estado), que deben resolver un asunto y definir los derechos e intereses legítimos de las partes, con competencia, independencia e imparcialidad, lo que sí forma parte de las garantías mínimas establecidas en el art. 8 de la CADH.

Esta posición ha sido asumida por la Corte IDH, en el mencionado Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, cuando se señaló: “la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un: “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.”<sup>944</sup>; con relación a las

---

<sup>943</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *El Sistema ...*, op cit. p. 58.

<sup>944</sup> Párrafo 71.

garantías mínimas referidas, la misma Corte expresó: “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”<sup>945</sup>.

Por ello se tiene que en todos esos casos, en los que las autoridades públicas ejercen función jurisdiccional, resolviendo y definiendo las causas sometidas a su conocimiento, tienen la obligación de respetar las garantías mínimas del debido proceso penal, que es aplicable a todos los procesos de otras materias, civil, administrativa, social, etc.

El razonamiento mencionado, fue complementado por la Corte IDH, en el Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, en el que se entendió que lo importante no es el nombre que se dé a los que realizan una determinación del derecho, sino lo esencial son las decisiones que ellos adopten no afecten derecho de las personas<sup>946</sup>.

Tampoco se trata de organizar de manera perfecta a los órganos jurisdiccionales: “sino de garantizar derechos de los justiciables ... al ejercicio de las funciones jurisdiccionales por un órgano establecido en la ley y del cual pueden predicarse las notas de imparcialidad e independencia”<sup>947</sup>; de ahí que se puede hablar del derecho que se tiene a un juez competente (establecido por la ley), independiente e imparcial, que se pasa a analizar.

#### IV.2.3 Juez Competente

El Estado<sup>948</sup> como persona jurídica abstracta, es resultado de la organización de los hombres, que por naturaleza siempre tienden a vivir en

---

<sup>945</sup> *Ibidem*.

<sup>946</sup> Párrafo 130.

<sup>947</sup> Javier García Roca y otro: “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia”. *La Europa de los Derechos*. ... p. 404

<sup>948</sup> Muchas han sido las definiciones que han dado diversos doctrinarios sobre lo que se entiende por Estado, así se dijo que el: “Estado constituye el régimen de coexistencia humana más complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre y representa la primera forma propiamente jurídica de organización social” (Rodrigo Borja); “Estado es la comunidad organizada con un orden vinculante de convivencia y con un gobierno independiente en un espacio o territorio definido” (Luis Sánchez Agesta), “El Estado es la sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la



sociedad, bajo un gobierno que ostenta y administra el poder de ese Estado que se circunscribe a un determinado territorio; tiene múltiples atribuciones, destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad, atribuciones o facultades y deberes que se desarrollan a través de sus distintos órganos, que en el caso de la actividad jurisdiccional recibe la denominación de jueces, tribunales, árbitros o simplemente, de autoridad jurisdiccional.

La jurisdicción<sup>949</sup> es el: “conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a los diversos actos y hechos que se suscriben con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”<sup>950</sup>, o simplemente la jurisdicción es: “la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a ley”<sup>951</sup>.

Esa actividad jurisdiccional del Estado basada en la ley, no es un monopolio exclusivo del órgano judicial, que normalmente desarrolla sus funciones a través de los jueces y tribunales, sino que: “Hay órganos del Estado que tienen otorgada entre sus atribuciones, la función jurisdiccional desde el punto de vista material, aunque desde el punto de vista formal, pertenezcan a un poder legislativo o ejecutivo, diferente del judicial”<sup>952</sup>; así hay problemas controvertidos que se encomiendan al Órgano Legislativo, como es el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos que gozan de caso de corte, o también hay otros debates que los resuelve el Órgano Ejecutivo, como parte de Tribunales Administrativos que conocen y definen procesos de esa naturaleza; es decir que la actividad jurisdiccional es del Estado, a través de todos sus órganos públicos, en lo que en cada caso pueda corresponder.

Los distintos Estados que son partes del Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, asumen el compromiso de respetar los derechos y

---

autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a sus similares extranjeros” (Cabanellas).

<sup>949</sup> Que ha sido entendida por el procesalista Italiano Giuseppe Chiovenda, como: “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la voluntad de la existencia de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

<sup>950</sup> Carlos Arellano García. *Teoría General del Proceso*, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 340.

<sup>951</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, T XVII, p. 538.

<sup>952</sup> Adolfo Alvarado Velloso. *Sistema Procesal*. ... , op. cit., p. 341.

libertades consagradas en la CADH, sin ningún tipo de discriminación<sup>953</sup>, con relación: “a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, como en forma expresa se establece en el art. 1.1. del señalado instrumento internacional, “esta idea está tras del concepto de juez natural, muy elaborado en la doctrina latinoamericana”<sup>954</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva dentro de un determinado Estado que es parte de la Convención, se materializa en el caso concreto cuando una autoridad pública emite una decisión o resolución final con función verdaderamente jurisdiccional dentro de la tramitación de un proceso, porque: “la jurisdicción no es incondicionada sino que ha de ejercerse con arreglo a normas preestablecidas de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales y otras de procedimiento”<sup>955</sup>.

En consecuencia, la jurisdicción a la que hace referencia la CADH (la que cada Estado tiene, a través de sus diferentes órganos, para resolver las controversias de sus nacionales), se encuentra estrechamente relacionada con el concepto de competencia, del que se han dado innumerables definiciones<sup>956</sup> como: “la capacidad o aptitud del órgano investido de jurisdicción para ejercerla en un proceso determinado”<sup>957</sup>, complementándose ese razonamiento como: “la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas (siempre determinadas) que actúan en el carácter de autoridades respecto a otras personas (determinadas o indeterminadas) que actúan como particulares”<sup>958</sup>.

A partir del momento en que una causa llega a conocimiento de una autoridad pública con jurisdicción, esta puede ser objetivamente competente para el conocimiento del litigio en razón de la materia, cuantía, personas, grado, territorio u otros criterios contenidos establecidos en la LEY; de ahí que se dice que la administración de justicia: “...sólo puede ser cumplida en la realidad de la

---

<sup>953</sup> Diferencia por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social

<sup>954</sup> Alberto M. Binder. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 141-148.

<sup>955</sup> Francisco Chamorro Bernal. *El Artículo 24 de la Constitución*. T. I. Ed. Iura S.L., Barcelona, 2005, p. 72

<sup>956</sup> Se han desarrollado muchas definiciones, así se dijo que: “la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional” o “facultad ... para ejercer la jurisdicción en un determinado asunto”, definiciones que generalmente han venido regladas en diversos ordenamientos jurídicos, como el art. 12 de la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, o Ley del Órgano Judicial en Bolivia.

<sup>957</sup> “Competencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. III, p. 445

<sup>958</sup> Adolfo Alvarado Velloso. *Sistema ... op. cit.* p. 272.

vida por personas físicas (funcionarios-jueces) a quienes se encomienda individual o colectivamente y en forma selectiva el deber o la facultad de efectuar determinadas tareas... De tal modo, que cada uno de ellos debe cumplir funciones que están atribuidas por la LEY en virtud de distintas pautas<sup>959</sup>, que no son otras que las señaladas (materia, cuantía, etc.), que ayudan a determinar la competencia de las autoridades jurisdiccionales.

En consecuencia, la competencia de toda autoridad jurisdiccional sólo puede estar prevista en la Ley y no en normas inferiores, razón por la cual nadie puede atribuirse facultad de administrar justicia en los casos en los que la Ley no le otorgue dicha posibilidad, o lo que es lo mismo, nadie puede atribuirse jurisdicción ni competencia que no emane de la Ley, bajo sanción de incurrir en la nulidad de sus actos, por vulneración del derecho al juez competente que tienen las partes que están en conflicto.

De ahí que ambas (jurisdicción y competencia) implican la facultad de las autoridades del poder público de juzgar de acuerdo a la LEY y en el caso concreto (competencia); existiendo una relación del género a la especie, así la jurisdicción no supone la competencia, porque puede haber una autoridad que tenga jurisdicción, pero que no es competente<sup>960</sup>, a *contrario sensu*, la competencia siempre supone la jurisdicción, porque no puede haber una autoridad de cualquier órgano del Estado que administra justicia en un caso concreto competente pero sin jurisdicción.

Desde el punto de vista de los justiciables, la competencia legal tiene por finalidad garantizar el derecho al juez natural y competente que tienen las personas, quienes deben tener certeza de que el trámite que están realizando, corresponde conocerlo y resolverlo con toda la potestad legal a la autoridad que tomó conocimiento del asunto; a su vez, desde la perspectiva de la autoridad pública, la competencia establecida en la ley, tiene por finalidad evitar la arbitrariedad del poder político del Estado y la violación del derecho al juez natural que tienen las personas sometidas a su jurisdicción, conforme a las obligaciones internacionales que han asumido<sup>961</sup>.

---

<sup>959</sup> Adolfo Alvarado Velloso. *Sistema ...* p. 272

<sup>960</sup> Por alguno de los criterios de competencia objetiva antes señalados, materia, cuantía, etc. .

<sup>961</sup> Se entiende de lo regulado por el art. 1.1. con relación al art. 8.1 de la Convención Americana.

La Corte IDH, en Sentencia de 30 de mayo de 1999 en el Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, con relación a la competencia legal del juez natural señaló: “toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.<sup>962</sup>”; es decir que los jueces y tribunales deben juzgar con arreglo a una ley previamente establecida.

En el mismo sentido ya se pronunció el TEDH cuando en 1988, al referirse a un Tribunal que cumple función judicial, señaló que es aquel que debe: “resolver asuntos dentro de su competencia sobre la base de reglas jurídicas y conforme a procedimientos con conducidos de manera preestablecida”<sup>963</sup>, en la misma sentencia también se señaló que el tribunal debe cumplir con una serie de requerimientos, como es la independencia e imparcialidad.

El razonamiento dado por estos Tribunales Internacionales, implica por una parte que: “será el órgano legislativo el que decida la organización y la jurisdicción de los tribunales de un Estado”<sup>964</sup> a través de las leyes que al efecto emita; por otra parte los jueces o tribunales de justicia o funcionarios del Estado con poder jurisdiccional, tienen que actuar con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en la ley, asimismo deben actuar conforme a la competencia que le señaló la ley, por lo que esa facultad constituye: “un requisito que impide al poder político la alteración interesada de la competencia natural de los tribunales y sus procedimientos”<sup>965</sup>, asegurándose así la efectividad y el cumplimiento del derecho al juez natural de todas las personas.

#### **IV.2.3.1 Ley “anterior” Vs. jueces y/o tribunales ad-hoc**

El artículo 8.1 de la Convención al garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, hace mención a que el mismo deberá ser: “... establecido con *anterioridad a la ley*”, siendo necesario fijar el alcance de esa regulación normativa.

---

<sup>962</sup> Párrafo 129.

<sup>963</sup> Caso Belilos contra Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988

<sup>964</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op. cit, p. 294.

<sup>965</sup> Claudio Nash Rojas. *Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)*, p. 127. Este comentario está disponible en: [www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl).

El derecho a ser juzgado por un juez natural con una competencia establecida con anterioridad por la ley, ha sido también reconocido por los países de la región andina, así el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú, señala: “Ninguna persona puede ser desviada de la *jurisdicción predeterminada por la ley*, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”; también el párrafo II del art. 29 de la Constitución Política de la República de Colombia expresa que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a *leyes preexistentes* al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”<sup>966</sup>.

En el marco normativo internacional y de cada uno de los países, se tiene que el Estado tiene la obligación de satisfacer la necesidad que se produce dentro de una colectividad humana, al efecto a través de sus órganos jurisdiccionales resuelven las controversias que se van presentando, sobre una base constitucional y legal, que establecen los derechos y obligaciones constitucionales de las partes, así como la normatividad sustantiva y procedimental necesaria para definir situaciones litigiosas; solo de esa manera se logrará la paz social y el bienestar de la comunidad.

Cuando en un caso concreto se produce una determinada situación conflictiva (sea como consecuencia de un contrato civil, la comisión de una conducta delictiva o penal, etc.), se acude a ante las autoridades jurisdiccionales, quienes en forma posterior a esa situación, llevarán el litigio adelante hasta resolverlo y solucionar la controversia, sobre la base *de leyes previamente establecidas*, no solo de tipo material o sustantivo, sino también de leyes formales y de procedimiento, que definan de manera clara los alcances de la jurisdicción y competencia.

En consecuencia, si un asunto está siendo juzgado, tendrá que ser con jueces o tribunales cuya competencia haya estado establecida con carácter previo por la ley, con relación a criterios objetivos como: materia, cuantía, territorio, entre

---

<sup>966</sup> El art. 120-I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, regula el derecho al juez natural, pero no se refiere de manera expresa a una ley anterior o una ley preexistente o previamente determinada, sino que menciona la existencia de autoridades que deben ser establecidas con anterioridad al hecho de la causa; aspecto que motivará el análisis a realizarse en el apartado siguiente del presente trabajo.

otros; pues caso contrario, se vulnera el derecho al juez natural y competente, como entendió la Corte IDH en el Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, en Sentencia de 06 de febrero de 2001, cuando señaló que: “La Corte considera que el Estado, al crear Salas y Juzgados ... y designar jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, no garantizó ... el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos “con anterioridad por la ley”, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana”<sup>967</sup>; es que en ningún caso una persona puede ser juzgada con jueces que para el efecto o para ese juzgamiento se designaron, esa situación irregular implicaría la existencia de un juez o tribunal *ad-hoc*, un fuero especial y violación del derecho al juez natural con competencia previamente establecida por la ley.

Precisamente la Corte IDH, en el Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú - señalado-, así como en Sentencia de 05 de agosto de 2008 emitida en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, señaló que la finalidad o el objetivo que se persigue con el juzgamiento por un tribunal competente establecido por ley anterior, es garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, con lo que: “se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o *ad hoc*.”<sup>968</sup>.

Vinculadas a estas interpretaciones, se tienen otras como las que desarrolló la Corte IDH, en el Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, cuando emitió la Sentencia de 29 de septiembre de 1999, en la que manifestó que: “el juicio constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención”<sup>969</sup>, por lo que “el fuero militar es incompatible con la Convención”<sup>970</sup>, es que cualquier fuero militar o especial, es violatorio al derecho a un juez competente (fueros militares incompatibles con el derecho a un juez competente); el reconocimiento de un fuero especial militar, que vulnera el derecho al juez natural, ha sido un razonamiento reiterado en la Corte, así el 2000 en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, cuando señaló: “este fuero ... supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”<sup>971</sup>, entre otros.

---

<sup>967</sup> Párrafo 115.

<sup>968</sup> Párrafo 50.

<sup>969</sup> Párrafo 151.

<sup>970</sup> Párrafo 194

<sup>971</sup> Párrafo 112.

En esa virtud se tiene que, primero es la ley la que establece la competencia de la autoridad jurisdiccional, sobre esa base se juzga; con esto se tiende asegurar que los procesos sean tramitados y resueltos por autoridades con potestad jurisdiccional y competencia, no así por jueces o tribunales *ad-hoc* que son diferentes a los que de manera regular juzgan, creados intencionadamente para resolver un determinado caso, donde indudablemente no habrá más que una grave violación al derecho al juez natural.

Con relación al derecho a un juez con competencia previamente establecida, dada para evitar juzgamientos con jueces o tribunales constituidos para casos concretos, que vienen a ser de carácter *ad-hoc*, violatorios al derecho al juez natural competente, la Corte Constitucional de Colombia realizó ciertas apreciaciones.

Sobre la base de la doctrina desarrollada por dicha Corte Constitucional, relativa a que la violación del derecho a no ser juzgado por tribunales constituidos con ocasión de una determinada conducta o conocida como “la fijación *ex post facto* de competencias”, en la tramitación de una acción de tutela (amparo constitucional), se ha pronunció la Sentencia T-058/06 de 02 de febrero de 2006, en la que asumiendo de manera expresa criterios generales de la Corte IDH (del Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú), señaló que es una vía de hecho el desconocimiento del derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente, estando: “proscrita como lo está la fijación *ex post facto* de competencias judiciales ... como también su señalamiento *ad hoc* por parte de autoridades administrativas o judiciales ...”<sup>972</sup>; en la misma Sentencia se indicó que: “la esencialidad del mismo (del derecho a un juez natural competente), centrada en que no se establezcan “jueces o tribunales *ad-hoc*”<sup>973</sup>.

Es que es propio del derecho a un juez natural competente, que con carácter previo al conocimiento y tramitación de una causa, se defina quienes son los jueces competentes y que sean ellos y no un tribunal *ad-hoc* que conozca y resuelva los casos litigiosos.

Con referencia al hecho de que los procesos sean resueltos por autoridades con competencia previamente determinada por ley, de acuerdo a diversos criterios objetivos como: materia, cuantía, territorio, entre otros, debe

---

<sup>972</sup> Punto 4.1.

<sup>973</sup> *Ibidem*

tenerse en cuenta el desarrollo jurisprudencial que al respecto desarrolló el Tribunal Constitucional de Bolivia.

En SC 1364/2002-R de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional de Bolivia, señaló que el derecho a un juez natural tiene un doble alcance, así: “en criterio de la Corte IDH tiene dos alcances: a) la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver determinada causa”<sup>974</sup>, refiriéndose a ese primer criterio señaló que: “la misma Corte ... entendió que se considera un tribunal competente al que es llamado a conocer y resolver una controversia de acuerdo a determinadas reglas preestablecidas ya sea de territorio, materia u otros elementos”<sup>975</sup>, el alcance del segundo criterio sería el: “b) que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por ley”<sup>976</sup>.

Es necesario hacer notar, que lamentablemente esa Sentencia adolece de una imprecisión, pues con relación al alcance del derecho juez natural se refiere a los criterios que habría establecido la Corte IDH, pero no señala en qué casos se hubieran fijado los mismo, si en una Sentencia o en una Opinión Consultiva, lo que deja en duda cuál es el origen preciso de los razonamientos de esa decisión<sup>977</sup>.

El mismo Tribunal Constitucional de Bolivia en SC 0491/2003- R de 15 de abril de 2003, se ha referido de manera muy general, al derecho al juez natural competente, además de independiente e imparcial, como parte de un debido proceso, señalando: “Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial”, remitiéndose a lo señalado por: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77)”<sup>978</sup>. Esta Sentencia tiene la virtud de establecer de manera expresa el carácter vinculante

---

<sup>974</sup> Punto III.1 de Fundamentos.

<sup>975</sup> Punto III.2 de Fundamentos.

<sup>976</sup> Punto III.1 de Fundamentos.

<sup>977</sup> Los criterios señalados, que se dice habrían partido de la Corte Interamericana (¿?), han sido reiterado en la SC 004/2003 que se emitió en la tramitación de un Recurso Directo de Nulidad, Sentencia que en las partes transcritas (relativas al criterio de la Corte en cuanto al alcance del juez natural), han sido repetidos en las SC 0093/2005-R, SC 0060/2005 RDI, SC 1581/2005-R, que equivocadamente asumen el razonamiento de la segunda (SC 004/2003) y no así la primera (SC 1364/2002-R), que fue en realidad la sentencia hito en el tema señalado.

<sup>978</sup> Punto III.2. de Fundamentos.



de la jurisdicción internacional de la Corte IDH, con relación a la jurisdicción constitucional del Estado de Bolivia; además los razonamientos en ella contenidos, han sido reiterados en innumerables casos<sup>979</sup>.

El mismo Tribunal Constitucional de Bolivia, en SC 0074/2005 de 10 de octubre, realizó un interesante desarrollo sobre las condiciones que deben darse para que exista un juez predeterminado, con competencia previamente establecida en la ley, tal que el órgano judicial: “i) haya sido creado previamente por un precepto legal; ii) ... esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso ...; iii) ... no permita calificarlo de tribunal ad hoc o de comisión especial; iv) la composición ... venga determinada por la ley; y v) ... se siga el procedimiento ... para la designación de ... el órgano respectivo”<sup>980</sup>.

Todos estos razonamientos, dice el Tribunal Constitucional de Bolivia, que hubieran sido asumidos: “siguiendo ... la amplia jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>981</sup>. Deben tenerse en cuenta dos consideraciones, por una parte nuevamente este Tribunal vuelve a caer en una imprecisión similar a la antes mencionada, en cuanto no aclara si el razonamiento de la Corte IDH (referido a las condiciones), provienen de una Sentencia o de una Opinión Consultiva, menos se señala la fecha o algún otro dato que permita identificar ese razonamiento; por otra parte cabe resaltar el desarrollo realizado, que en cinco puntos condensa el alcance (aunque venga con la denominación de condiciones) del derecho a ser sentenciado por un juez con competencia previamente establecida en la ley.

La finalidad de la existencia del establecimiento de una ley anterior, que asegure un juez competente, también ha sido señalada por el Tribunal Constitucional de Bolivia, en SC N° 560/2002-R de 15 de mayo, cuando manifestó que el derecho al juez natural: “tiende a evitar la sustitución implantación de órganos jurisdiccionales distintos a los que de manera regular tienen establecida su competencia para conocer el asunto en cuestión”.

Dicho establecimiento de un juez competente con anterioridad por la ley, conlleva un criterio de tipo temporal (de anterioridad), que a veces ha sido

---

<sup>979</sup> Tal en: SC 1148/2003-R, SC 1730/2003-R, SC 0009/2004, SC 0664/2004-R, SC 0430/2005-R, SC 0731/2005-R, entre otros.

<sup>980</sup> Punto III.3.a. de Fundamentos.

<sup>981</sup> Ibidem

confundido con otro criterio temporal (de posterioridad), que se da con relación al juez designado de manera ulterior al hecho que se juzga sobre la base de la ley; última posibilidad que por prohibición constitucional en Bolivia parecería no estar permitida, cuando se señala que nadie: “podrá ser ... sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa”<sup>982</sup>.

La acción de amparo constitucional que dio lugar a la referida SC N° 560/2002-R, tiene como base una demanda en la que el accionante denunció la violación de su derecho al juez natural, porque la autoridad judicial que tomó conocimiento de su causa, era un juez designado con posterioridad (no con anterioridad) al hecho que motivó su proceso penal; el Tribunal Constitucional, a tiempo de denegar la acción planteada<sup>983</sup>, entendió que:

“Que los alcances del precepto constitucional (art. 14<sup>984</sup>) no pueden extraerse de la literalidad del precepto, sino de la finalidad que el mismo tiene dentro del orden constitucional”, por ello entienden que esa previsión constitucional. De ahí que, de manera congruente con lo anotado, cuando dicho precepto dice “Nadie debe ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa”, está desarrollando la garantía del Juez natural, dentro de los alcances anteriormente expuestos, y no a prohibir que un Juez designado después del hecho conozca y revuelva el caso, pues esto no sólo que no cumpliría la función teleológica del mismo, sino que sería de imposible aplicación; pues, ni aún existiendo jueces vitalicios podría cumplirse tal exigencia, que como ha quedado establecido no está presente en el espíritu de la norma”<sup>985</sup>.

Desde un punto de vista temporal y con las reglas de la interpretación teleológica -superando una simple interpretación gramatical-, el Tribunal Constitucional de Bolivia entendió que el espíritu del juez natural, alcanza a aquel que formalmente ha sido designado con posterioridad al hecho de la causa que se juzga<sup>986</sup>, ya que materialmente su competencia se encuentra fijada con criterios objetivos establecidos con carácter previo por la ley<sup>987</sup>; un razonamiento contrario y literal a la norma señalada -como el que motivó a la acción de tutela referida-

<sup>982</sup> El art. 120-I de la CPE de Bolivia, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa”.

<sup>983</sup> Establecido en el art. 14 de la Constitución Política del Estado de 1967, reformada en 2004 y abrogada por la Constitución Política del Estado Plurinacional de febrero de 2009, que en el mismo sentido reguló en el indicado art. 120-I de la CPE.

<sup>984</sup> Ahora art. 120-I de la CPE.

<sup>985</sup> Considerando 5, punto 3.

<sup>986</sup> Pese a que en su literalidad la norma se refiere al juez designado con anterioridad al hecho de la causa.

<sup>987</sup> Competencia establecida en una ley anterior, como regula el art. 8.1 de la Convención Americana.

vaciaría de contenido el derecho al juez natural, porque sería poco probable o casi imposible que el que juzgue sea uno designado con anterioridad a la causa que motivó el proceso.

El juez natural como aquel con competencia establecida con anterioridad por la ley, es una regla general que se encuentra en el art. 8.1 de la CADH que se aplica a todos los Estados partes; previsión que se amplía en algunos países - como Bolivia- cuando se señala el derecho al juez natural designado con anterioridad al hecho que se juzga, regla particular que ha sido interpretada conforme a su función teleológica por el Tribunal Constitucional de Bolivia y que algún día puede ser asumida por la Corte IDH (lejos de una interpretación gramatical), en el supuesto de conocer una denuncia por violación al derecho al juez natural, sobre la base de esa norma interna que existe en ese país.

#### **IV.2.3.2 Jurisdicción y competencia militar**

América, es un: “continente en el que la jurisdicción militar ha tendido muchas veces a ser expansiva”<sup>988</sup>, en la medida en que su historia se ha visto afectada por militarismos que han creado tribunales *ad-hoc* o fueros de privilegio, que de manera reiterada y sistemática han usurpado funciones judiciales, violando el derecho a un juez natural y competente, cuando han asumido la jurisdicción ordinaria para procesar a civiles o para procesar a militares por delitos que hubieran correspondido conocer a tribunales ordinarios.

Esa situación ha motivado a las víctimas de atropellos a sus derechos humanos<sup>989</sup> a plantear reclamos internos, que al no haber tenido ningún eco, han acabado en demandas internacionales resueltas por la Corte IDH, que a su vez

---

<sup>988</sup> Diego García-Sayán: “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Ed. CIDH, San José C.R., 2005, pág. 52.

<sup>989</sup> Los problemas de vulneración a los derechos humanos por militares, no es un tema que se hubiera estancado en la década de los 70 u 80 en América Latina con el Plan Cóndor u otras organizaciones de militares, contra opositores de sus dictaduras o de los gobiernos a los que han apoyado; sino también abarca la década de los 90 y de una u otra manera, aunque de de manera general de forma más morigerada, se extienden hasta nuestros días, para ello basta analizar el Informe Alerta 2010 sobre los Conflictos, Derechos Humanos y Construcción de Paz (Escuela de Cultura de Pau. 1 mínima, 192 máxima, en el que evidencia como en los países en estudio), donde se evidencia como en Bolivia hay 78, Colombia 26, Perú 96, Chile 142 y Venezuela 77, de casos registrados de vulneración de derechos humanos por militares; como se desarrolló por Juan Sebastián Gómez y Paré Ortega. *Militarismo en América Latina*, Ed. Justicia i Pau, Barcelona-España, 2010, p. 34.

desarrolló una importante doctrina de protección al derecho al juez natural (competente), que no ha sido la misma en todos los tiempos, sino que ha ido teniendo cambio y evolución positiva de protección, logrando revertir prácticas perniciosas y violatorias del derecho al juez competente, independiente e imparcial, tarea que indudablemente no ha sido fácil y menos rápida, sino producto de una construcción doctrinal desarrollada en el tiempo, que finalmente ha sido asumida por tribunales o Cortes de la región andina.

En el caso *Genie y Lacayo* (que dio lugar a la Sentencia de 29 de enero de 1997), en la relación de antecedentes, se tiene la posición que asumió la CIDH, que consideraba que juzgar delitos comunes como si fueran militares -por el sólo hecho de haber sido ejecutados por militares-, es violatorio al derecho al juez natural<sup>990</sup>, sin embargo de ello y haciendo caso omiso a ese razonamiento la Corte IDH en su valoración consideró que el que se: “trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora”<sup>991</sup>; es decir que de inicio no se reconoció que los militares estarían violando el derecho a un juez natural, cuando juzgaban delitos comunes.

A unos días de emitido ese razonamiento, la propia Corte lo cambió, en Sentencia de 17 de septiembre de 1997, en el Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*<sup>992</sup>, en la que se refirió que la de manera expresa a que: “la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente ... al dictar sentencia firme absolutoria”, pues considera que: “la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia ... Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios”<sup>993</sup>; lo que significa que la jurisdicción militar al disponer la detención y dictar sentencia contra una persona particular, por supuestos ilícitos de tipo común, han usurpado funciones de la

---

<sup>990</sup> Párrafo 53.

<sup>991</sup> Párrafo 84.

<sup>992</sup> El caso tiene como antecedentes fácticos, que una persona particular, como es la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada por el Estado Peruano en 06 de febrero de 1993, sin orden expedida por la autoridad judicial competente, como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso; la jurisdicción militar del Perú dictó a su favor sentencia absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada.

<sup>993</sup> Párrafo 61.

jurisdicción ordinaria, actuando por tanto sin competencia y violando derechos humanos garantizados por la Convención, como es el derecho a un juez natural (usurpación de jurisdicción y actuación sin competencia).

La violación del derecho en estudio, también ha sido analizada desde el punto de vista de la competencia militar, que está dada y establecida para juzgar delitos militares, siendo otra la competencia de los jueces ordinarios para juzgar delitos comunes y un traslado de competencia, significa vulneración al derecho al juez natural, así se entendió en Sentencia de 29 de mayo de 1999, en el Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú<sup>994</sup>, en la que se manifestó que el: “traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar ... supone excluir al juez natural ... Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuentra se íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”<sup>995</sup> (traslado de competencia).

En consecuencia, por el tema de traslado de competencia, en el caso concreto se llegó a la conclusión de que la jurisdicción militar, no es la natural para juzgar a civiles que carecen de funciones militares; ese razonamiento se ha mantenido por la Corte en posteriores casos, así: en Sentencia de 18 de agosto de 2000 en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú<sup>996</sup>; como en la Sentencia de 06 de diciembre de 2001 en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia<sup>997</sup>; también en Sentencia de 05 de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia<sup>998</sup>; en igual sentido lo señalado en Sentencia de 25 de noviembre de 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú<sup>999</sup>.

Igualmente, el indicado Caso Castillo Petruzzi y otros, resulta ser emblemático, pues además de la posición doctrinal referida (traslado de competencia) desarrolló otra posición doctrinal relativa a la obligación negativa del Estado, en sentido que: “El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen

---

<sup>994</sup> La situación fáctica que tiene como base esta acción se encuentra en la detención de los señores Jaime Francisco Castillo Petruzzi y otros, entre el 14 y 15 de octubre de 1993, por DINCOT que fue un órgano del Estado encargado de prevenir, denunciar y combatir las actividades de traición a la patria por actos terroristas; finalmente procesados ante la justicia militar, por el delito de traición a la patria en el fuero militar.

<sup>995</sup> Párrafo 128.

<sup>996</sup> Párrafo 112.

<sup>997</sup> Párrafo 52.

<sup>998</sup> Párrafo 167.

<sup>999</sup> Párrafo 141.

normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”<sup>1000</sup>; lo que significa que en un razonamiento más amplio, el Estado no solamente está impedido de trasladar competencias, sino que no puede sustituir la jurisdicción ordinaria por la jurisdicción militar, aplicando normas procesales previamente establecidas de lo uno hacia lo otro (sustitución de jurisdicción). Ese razonamiento se ha mantenido en la Sentencia de 25 de noviembre de 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú<sup>1001</sup>.

Donde se aclara con mayor precisión el alcance restrictivo de la jurisdicción penal militar o sus límites, es en la Sentencia de 16 de agosto de 2000, en el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú<sup>1002</sup>, en la que se indicó que: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares ... sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”<sup>1003</sup>; significa que el límite de la actuación de la jurisdicción militar esta para juzgar delitos que atenten bienes jurídicos militares; en esa medida se excluye la posibilidad de que la jurisdicción militar juzgue a civiles, además se descarta la posibilidad de que sus miembros (militares) sean juzgados por esa jurisdicción militar por delitos comunes -para eso está la jurisdicción ordinaria- (alcance de la jurisdicción militar).

Ese alcance de la jurisdicción militar ha sido ratificado en forma posterior por la Corte, cuanto emitió la indicada Sentencia de 05 de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia<sup>1004</sup>; o lo expresado en la Sentencia de 22 de

---

<sup>1000</sup> Párrafo 129, que en su pie de página, cita su fuente original que es: “Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985”.

<sup>1001</sup> Párrafo 143.

<sup>1002</sup> Tiene como antecedentes lo sucedido el 14 y 15 de febrero de 1986, cuando fueron detenidos Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, respectivamente, por efectivos de la Dirección contra el Terrorismo -DIRCOTE- bajo sospecha de haber participado en actos de terrorismo; procesados por la jurisdicción militar.

<sup>1003</sup> Párrafo 117.

<sup>1004</sup> Párrafos 165 y 173. Este caso resulta ser interesante, pues tiene origen el 6 de octubre de 1987, cuando comerciantes (víctimas) pasaron por el caserío de Puerto Araujo, donde fueron requisadas por miembros de las Fuerzas Militares, verificando si éstos llevaban o no armas; en la

noviembre de 2005, en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile<sup>1005</sup>, en el que además en la misma línea se señaló: “la facultad de conocer las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, “de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado” pertenece exclusivamente a los tribunales militares establecidos en el mismo Código”<sup>1006</sup>; entre otros casos.

De los razonamientos expresados se llega a la conclusión de que la jurisdicción militar para respetar el debido proceso, debe enmarcarse en el ámbito de su competencia, que de manera excepcional y restrictiva, está dada para juzgar asuntos castrenses (delitos militares cometidos por militares), no para juzgar delitos comunes de civiles y menos para juzgar delitos comunes cometidos por militares; en estos dos últimos casos la competencia es de la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, con relación a la violación al derecho a un juez natural por usurpar jurisdicción, actuar sin competencia o trasladarla de la ordinaria a la militar, en temas de juzgamiento de civiles por jueces militares, o de militares por delitos comunes o tribunales sin rostro conocido, etc., ha sido asumida por el TEDH y de manera significativa por tribunales nacionales de la región andina.

En temas de competencia militar, el Tribunal Constitucional del Perú, en una acción de hábeas corpus, en el Expediente N°. 0217-2002-HC/TC, dentro del que se dictó la Sentencia de 17 de abril de 2002, hizo mención expresa al razonamiento que tuvo la Corte IDH en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú<sup>1007</sup>, que le permitió llegar a la convicción de que: “encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria, cometido en caso de guerra exterior, no podía juzgársele al recurrente en dicho fuero militar”<sup>1008</sup>; constatándose que un traslado de competencia que violaría el derecho al juez natural competente.

---

tarde fueron detenidos por miembros de un grupo “paramilitar” y dieron muerte a los 17 comerciantes; esto motivo el juzgamiento de los militares vinculados en la investigación, por jueces penales militares, sin considerarse que por el tipo de delito (común), debía ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, produciéndose la violación al derecho al juez competente.

<sup>1005</sup> Párrafo 124.

<sup>1006</sup> Párrafo 149.

<sup>1007</sup> Punto 2 de Fundamentos.

<sup>1008</sup> Ibidem

Como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad, el mismo Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC emitió la Sentencia de 03 de enero de 2003, por la que declaró inconstitucionales, una serie de normas legales, que preveían que tribunales militares -en delitos de traición a la patria o de terrorismo-, puedan ser competentes para juzgar a civiles<sup>1009</sup>; entre los argumentos utilizados fueron: “no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles ... pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural”<sup>1010</sup>; asimismo se expresó que: “las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular ... los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad”<sup>1011</sup>.

En la referida Sentencia, cabe resaltar que las interpretaciones efectuadas, partieron de manera expresa de los criterios que la Corte IDH desarrollo, en el Caso Castillo Petruzzi<sup>1012</sup>, también en el Caso Cantoral Benavides<sup>1013</sup>, así como en el Caso Castillo Petruzzi<sup>1014</sup>, señalando que: “Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones” con relación a: “La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo”<sup>1015</sup>.

El Tribunal Constitucional de Bolivia emitió la SC N° 0663/2004-R de 5 de mayo, como consecuencia de juzgamiento y procesamiento a militares por la jurisdicción ordinaria y no militar<sup>1016</sup> señaló que el que: “la justicia militar hubiera tenido prevención en el conocimiento de la causa, que esta previsión de orden procesal no es aplicable al caso en virtud de que no se trata de órganos que tengan competencia en el mismo ámbito jurisdiccional, pues el uno lo hace en la jurisdicción ordinaria y el otro en la jurisdicción militar”<sup>1017</sup>.

Al realizar su análisis el Tribunal Constitucional de Bolivia también expresó que: “El tema ha sido motivo de pronunciamiento de la Corte IDH. Citamos lo

---

<sup>1009</sup> Se declaró la inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto Ley N.º 25659 y el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25880 y, por conexión, también los artículos 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708.

<sup>1010</sup> Punto 10.2.a.105

<sup>1011</sup> Punto 10.2.a.107

<sup>1012</sup> Punto 10.2.98.

<sup>1013</sup> Punto 10.2.99.

<sup>1014</sup> Punto 10.2.100

<sup>1015</sup> Punto 10.2.a.102

<sup>1016</sup> Lo que motivó la decisión constitucional, tiene como antecedentes los hechos luctuosos que se produjeron en el mes de febrero de 2003, disponiendo que los cuatro militares acusados de haber matado y herido, sean procesados y juzgados en la jurisdicción ordinaria y no así en la militar

<sup>1017</sup> Punto III.6 de Fundamentos.



pertinente de la sentencia de 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano internacional”<sup>1018</sup>; en esta cita, nuevamente este Tribunal vuelve a incurrir en imprecisiones, porque no señala el caso en el que se pronunció la sentencia, que en realidad con ese contenido no existe ninguna de 16 de septiembre de 2000, sino que se estaban refiriendo al contenido y lo señalado por la Sentencia de 16 de agosto de 2000, en el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú.

También el Tribunal Constitucional de Bolivia, conoció otro caso en temas de militares, que se encuentra contenido en la SC 0664/2004-R de 06 de mayo, en el que no se refirió de manera expresa a ninguna Sentencia de la Corte IDH, sin embargo resulta evidente que asumió de manera íntegra los razonamientos que ya dio ese tribunal internacional, pues partiendo del hecho de que los: “los militares fueron imputados por la comisión de delitos comunes”<sup>1019</sup>, “se concluye, que los supuestos delitos cometidos por los militares imputados, tienen que ser conocidos por los jueces y tribunales ordinarios”<sup>1020</sup>, finalmente sobre esa base se afirmó que: “la jurisdicción militar está reservada al ámbito estrictamente militar, es decir a los delitos de función, entre los que no se encuentran ... los delitos presuntamente cometidos por los militares imputados”<sup>1021</sup>.

En consecuencia, las determinaciones asumidas por el Tribunal Constitucional de Bolivia, en las señaladas SS.CC. Nos. 0663/2004-R y 0664/2004-R<sup>1022</sup>, ha sido emitidas en resguardo del derecho a un juez natural competente, que tratándose de delitos comunes cometidos por los militares, no es otro que la jurisdicción ordinaria; como entendió la Corte IDH.

No podría dejarse de hablar de temas militares, si es que no se hiciera referencia a los llamados jueces “sin rostro”, que la Corte IDH los valoró en el marco de la competencia y como una violación a ella; pese a que *stricto sensu*, esos casos se acercan más a una violación de juez imparcial, que de juez competente, pues agravia la imparcialidad del juzgador cuando quienes están siendo juzgados desconocen la identidad de la persona que va a resolver y decidir

---

<sup>1018</sup> Ibidem; razonamientos que se refieren a que debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar.

<sup>1019</sup> Punto III.2.2 de Fundamentos.

<sup>1020</sup> Punto III.2.3. de Fundamentos.

<sup>1021</sup> Ibidem.

<sup>1022</sup> Esas decisiones, provocaron una dura reacción de los militares, que inclusive llegaron a generar crisis y desestabilizaron al gobierno de la época, que se encontraba a la cabeza del entonces Presidente Carlos D. Meza.

su caso; con esta aclaración, con relación a la ubicación que hace la Corte IDH, se pasa a realizar alguna mención en el presente acápite.

En la mencionada Sentencia del Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, además de la doctrina relativa a la usurpación de jurisdicción y como consecuencia, actuación sin competencia, a tiempo de valorar la competencia también ha puesto en debate el tema relativo a los “tribunales sin rostro”, que como parte de la normatividad antiterrorista peruana, se encontraban reconocidos en su legislación; así se señaló como un hecho probado por la Corte que la Sra. Loayza Tamayo, fue: “juzgada ... en el fuero militar ... por “jueces sin rostro”<sup>1023</sup>, lo que también dio lugar a la protección demandada.

El alcance de los tribunales sin rostro, se aclaró en el Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, en 1999, cuando se expresó que: “la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia”<sup>1024</sup>, situación injusta que ha motivado la protección internacional demandada, en cuanto constituye una vulneración al art. 8.1 de la CADH, el que un tribunal militar “sin rostro” o cuya identidad se ignora por completo, juzgue a una persona particular inculpada de la supuesta comisión de un ilícito que es de naturaleza común y no militar.

Con relación a los tribunales sin rostro conocido, en el señalado expediente N.º 010-2002-AI/TC, ante la demanda de declaración de inconstitucionalidad de la norma que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta<sup>1025</sup>, el Tribunal Constitucional considero que carecía de objeto pronunciarse sobre la misma, en cuanto la disposiciones cuestionada fue superada con la disposición del artículo único de la Ley N.º 26671 de 15 de octubre de 1997, que previó que: “los

---

<sup>1023</sup> Párrafo 46 inc. i); como consecuencia del pronunciamiento de la Corte Interamericana, el Estado de Perú, posteriormente emitió la Ley 26671 de 15 de octubre de 1997, en la que en su artículo único estableció que los magistrados encargados de juzgamiento de los acusados por terrorismo, deberían estar debidamente designados e identificados.

<sup>1024</sup> Párrafo 133.

<sup>1025</sup> Artículo 15º Decreto Ley N.º 25475.

magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo ... serán debidamente designados e identificados"<sup>1026</sup>.

Como consecuencia del planteamiento de una acción de habeas corpus, dentro del que el Tribunal Constitucional del Perú dictó la Sentencia de 04 de diciembre de 2003, en el Expediente N.º 0516-2003-HC/TC, con relación a los jueces sin rostro, se manifestó que el: "hecho de desconocer la identidad de los magistrados encargados de llevar a cabo el juicio oral en contra del beneficiario lesionó el derecho al juez natural, toda vez que el justiciable no estaba en la capacidad de poder conocer con certeza quiénes eran aquellas personas que lo juzgaban y condenaban"<sup>1027</sup>, razonamiento que se dio asumiendo de manera expresa la interpretación que al respecto realizó la Corte IDH en el Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú.

#### IV.2.4. Juez Independiente

Como persona jurídica que es el Estado, actúa a través de personas físicas, que son: "sus órganos o los titulares del poder cuyas manifestaciones de voluntad se imputan directamente al mismo Estado"<sup>1028</sup>; a su vez, debe entenderse por gobierno como ese: "conjunto de personas físicas que ejercitan y desenvuelven el poder público en sus diversas actividades (p. ej. legislar, administrar, juzgar) para el cumplimiento de las funciones y los fines del Estado"<sup>1029</sup>.

Aunque el poder del Estado sea uno solo<sup>1030</sup>, para evitar la concentración de funciones, se distribuyen y dividen en diferentes e independientes detentadores del poder del Estado u órganos, que en general ejercen funciones

---

<sup>1026</sup> Punto 10.2.b.111. La Ley N.º 26671 de 15 de octubre de 1997 se emitió como consecuencia de los fallos de la Corte Interamericana, que cuestionaron el contenido del art. 15 del Decreto Ley N.º 25475 por ser violatorio al juez natural competente.

<sup>1027</sup> Punto 2 de Fundamentos.

<sup>1028</sup> Helio Juan Zarini: *Derecho Constitucional*, Ed. Atrea, Buenos Aires, 1999, p. 294.

<sup>1029</sup> *Ibidem*.

<sup>1030</sup> *Strictu sensu*, no existe una división de poderes, porque el poder del Estado es uno solo, por lo que técnicamente es más apropiado denominar "reparto de atribuciones en varios órganos", aunque por tradición que viene del constitucionalismo clásico, se habla con frecuencia de la división de poderes del Estado, que no es lo propio.

clásicas de los Estados: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional<sup>1031</sup>; funciones que desde un punto de vista sustancial, tienen en cuenta la naturaleza jurídica del acto estatal, sin reparar el órgano que lo cumple<sup>1032</sup>, así puede tener actividad jurisdiccional no sólo el órgano judicial, sino cualquier otro órgano del Estado - como se manifestó-.

En ese sentido se manifestó la Corte IDH en Sentencia de 31 de enero de 2001, en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, cuando señaló: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo”<sup>1033</sup>, aclarando a continuación que cuando la: “Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”<sup>1034</sup>; lo que implica que el Estado, en cualquiera de los órganos que ejerce actividad jurisdiccional, está obligado a respetar el principio de separación de poderes o distribución de funciones, que garantiza la existencia de un juez natural que sea independiente.

Esta posición en el fondo ya fue asumida por el TEDH en el año de 1984, cuando consideró el hecho de que un órgano colegiado tenga otras funciones, administrativas, no le impide ser un tribunal cuando ejerce la función judicial<sup>1035</sup>, es decir que la función jurisdiccional no es exclusiva del órgano judicial, sino de otros órganos del Estado; esa posición no dejó de ser controvertida, pues desde una perspectiva estrictamente constitucional se considera, que el TEDH asume una posición que: “supone renunciar a exigir a los Estados firmantes una

---

<sup>1031</sup> Aunque no impide ni obsta, a que dentro de cada uno de los Estados, existan otras funciones, encargadas por otros órganos del Estado, consagrados en los ordenamientos constitucionales, de forma independiente.

<sup>1032</sup> Así por ejemplo tiene actividad jurisdiccional no sólo el órgano judicial, sino también el legislativo, cuando políticamente en el Parlamento, Congreso o Asamblea juzga a altos funcionarios judiciales o; cuando en un Estado con descentralización administrativa profunda o con autonomías, una entidad del Órgano Ejecutivo como es por ejemplo un municipio emite una ley municipal, que obviamente no deviene de una ley pronunciada por el órgano legislativo y así, infinidad de ejemplos.

<sup>1033</sup> Párrafo 71.

<sup>1034</sup> Ibidem

<sup>1035</sup> Caso Campbell y Fell contra Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984.

exclusividad judicial que, sin embargo se desprende naturalmente de un entendimiento moderno de las reglas de la división de poderes”<sup>1036</sup>.

Tratándose de la actividad del órgano judicial, que por excelencia (no exclusivamente) es el encargado de administrar justicia, se ha definido a la “independencia de la judicatura”, como aquella: “garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país”<sup>1037</sup>; como señaló la Corte IDH en el referido Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú.

Es que: “un Estado en donde los jueces sufran coacción de los gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de Derecho”<sup>1038</sup>, por lo que para ser un verdadero Estado sometido al ordenamiento jurídico, es necesario que los funcionarios públicos que tienen a su cargo esa alta misión, obren apreciando el derecho, respetando la Constitución y enmarcándose en la ley, en todas sus actuaciones encaminadas a resolver un proceso.

El contexto constitucional de países de la región andina, contiene normas que garantizan la independencia de las autoridades encargadas de la administración de justicia; así a Constitución Política del Perú de 1993, que en su art. 141.1 expresa que el Estado garantiza a los magistrados judiciales: “Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”; en el mismo sentido se ha regulado en el art. 230 de la Constitución de la República de Colombia de 1991 (con reformas hasta el 2005), cuando se manifestó que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”; asimismo la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 ha previsto que: “La potestad de impartir justicia ... se sustenta en los principios de independencia”, que se da cuando las autoridades jurisdiccionales sólo se someten a la Constitución y la ley.

Por todo lo hasta aquí manifestado, es necesario considerar que la independencia de las autoridades jurisdiccionales, se manifiesta en: “la imposibilidad jurídica de dirigir instrucciones o recomendaciones a los miembros de un órgano ... en relación con su actividad jurisdiccional”<sup>1039</sup>.

---

<sup>1036</sup> Javier García Roca y otro. “El derecho ...”, op. cit., p. 367

<sup>1037</sup> Párrafo 73, la Independencia de la Judicatura, asume de manera directa, de los criterios expresados por los “Los Principios Básicos de las Naciones Unidas”, como se señala en el indicado párrafo.

<sup>1038</sup> Hernando Devis Echandía: *Teoría General del Proceso*. Ed. Universidad S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1997, p. 129.

<sup>1039</sup> Javier García Roca y otro. “El derecho ...”, op. cit., p. 373

Esta independencia se da en dos ámbitos mayores: por una parte, en la independencia orgánica que debe existir entre todos los órganos que componen el poder público y ejercitan actividad jurisdiccional, respetándose el principio de separación de funciones, caso contrario se vulnera el derecho a un juez natural independiente.

Por otra parte, la independencia es el funcional o de funciones, sustentada en actividades jurisdiccionales sometidas a la Constitución y las leyes, a fin de consolidar un Estado que sea de Derecho; solo de esta manera se va lograr autoridades jurisdiccionales independientes, consientes de lograr una recta administración de justicia, caso contrario convertirán en letra muerta, el contenido de las normas del ordenamiento jurídico que son su base y se vulnerará el derecho a un juez natural independiente.

En esa independencia funcional, los órganos jurisdiccionales no están sometidos ni a los órganos del poder público, ni al poder que puedan tener los particulares, pero por ello los órganos jurisdiccionales: “no pueden constituirse en guardianes arbitrarios del acceso a la jurisdicción y por tanto, no pueden interpretar la ley creando obstáculos irrazonables, inexistentes o basados en errores patentes para acudir a ella”<sup>1040</sup>.

#### **IV.2.4.1 Independencia Vs. jerarquía y obediencia en el ámbito militar**

La independencia del juzgador implica: “autonomía, frente a cualquier otro órgano del Estado, para ejercer funciones jurisdiccionales, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la separación de poderes, base del sistema democrático”<sup>1041</sup>; principio de separación de poderes e independencia que aseguran que cada órgano del Estado actúe en forma libre, sin injerencia menos imposiciones o amedrentamientos que devengan de otros órganos, lo que se logra solo cuando en un Estado existe un sistema político maduro.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que dichos principios de separación de funciones e independencia, son incompatibles con los principios de jerarquía y obediencia, que hay que analizarlos dentro de los alcances de una jurisdicción militar.

---

<sup>1040</sup> Francisco Chamorro Bernal. *El artículo ...*, op. cit. p. 143.

<sup>1041</sup> Cecilia Medina Quiroga: *La Convención ...*, op. cit., p. 298.

Ha sido el caso en mayo de 1999, en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú que se empezó a considerar esta incompatibilidad, cuando se manifestó que: “el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ... pese a la existencia ... de recursos ... aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso”<sup>1042</sup>; en la misma línea se trabajó el año 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú <sup>1043</sup>.

Los razonamientos relativos al encuentro que se produce entre el principio de separación de órganos e independencia, con los de jerarquía y obediencia dentro del ámbito militar, han sido acogidos por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, en el que manifestó: “los principios de independencia ... además del principio de separación de poderes ... es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo”<sup>1044</sup>, esta interpretación se ha efectuado sin remitirse a algún caso de la Corte IDH, pero si asumiendo de manera absoluta los criterios que al respecto manifestó esa instancia internacional.

Esa incompatibilidad, ha sido más ampliamente desarrollada por ese mismo Tribunal en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC, cuando expresó que a: “diferencia de los órganos de la «administración militar», los órganos de la «jurisdicción militar» no pueden orientarse, entre otros, por los principios de obediencia y subordinación”, es que: “Entre un juez penal militar de primera instancia y un juez penal militar de segunda instancia no existe subordinación y dependencia, pues ambos se encuentran protegidos mediante la garantía institucional de la independencia judicial”<sup>1045</sup>; en este punto tampoco citó precedente de la Corte IDH, pero asumió su criterio.

Sin referirnos ya a la coalición que se produce entre los principios señalados (independencia y separación de órganos Vs. obediencia y jerarquía), es necesario hacer mención exclusiva a la relación de los principios de independencia judicial y separación de órganos o de distribución de funciones, sobre los cuales el Tribunal Constitucional del Perú desarrolló una doctrina

---

<sup>1042</sup> Párrafo 161.

<sup>1043</sup> Párrafo 193.

<sup>1044</sup> Punto 6.42.

<sup>1045</sup> Punto 2.2.67.

complementaria a la expresada por la Corte IDH; así en el referido Expediente N° 0023-2003-AI/TC, analizó al principio de independencia judicial desde tres perspectivas: “a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes. b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción. c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia”<sup>1046</sup>.

El razonamiento señalado no se ha quedado a nivel de una independencia orgánica de los diferentes órganos del Estado que administran justicia, relacionado con el principio de separación de atribuciones o funciones; sino que va más allá a una independencia funcional relacionada con otros principios como son los de reserva y exclusividad de la jurisdicción; así como al ámbito personal del juzgador, sustentada en la convicción y fuerza que debe tener para hacer cumplir la independencia; estas interpretaciones son un avance y complemento a las efectuadas por la Corte IDH.

Analizada que sea la independencia desde cualquiera de esos puntos de vista, finalmente es necesario señalar que la actividad jurisdiccional, siempre está sustentada en una base normativa, que se expresa en primer término en la Constitución Política de cada uno de los Estados, como demás leyes que la determinen.

#### **IV.2.4.2 Juicios políticos no aseguran la independencia del juzgador**

En la organización política, denominada Estado, existe: “una continua movilidad de la realidad constitucional, cuyos resortes son manejados por personas que detentan el ejercicio del poder estatal”<sup>1047</sup>, por eso se desarrolló la teoría general de los órganos del Estado, que permite: “comprender como el devenir constitucional es accionado por los hombres”<sup>1048</sup>; hombres que deben entender que en el ejercicio de sus funciones estatales, las manifestaciones de voluntad que realizan no son personales, sino que son imputables al órgano del

---

<sup>1046</sup> Punto 5.31.

<sup>1047</sup> Germán Bidart Campos: *Derecho Constitucional*. T.I, Ed. Eddiar, Argentina, p. 697.

<sup>1048</sup> Humberto Henríquez Franco: *Derecho Constitucional*, Ed. Fecat, Lima Perú, 2010, p. 297.



Estado del cual forman parte, por lo que lo actuado u omitido por el funcionario público, puede traer responsabilidad internacional al Estado al que representa.

Ese tipo de responsabilidad internacional se dio al Estado del Perú, en el Caso Tribunal Constitucional<sup>1049</sup>, que responde un juicio político que se llevó a instancias del Órgano Legislativo<sup>1050</sup>, contra tres autoridades del Órgano Judicial, que fueron destituidos de sus funciones de magistrados del Tribunal Constitucional, por haber emitido un fallo contra los intereses del Presidente del Estado, cabeza del Órgano Ejecutivo, que tenía fuerza e influencia política sobre el Órgano Legislativo.

Esa injusta situación, motivó que la Corte IDH, en el referido Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú reconociera que: “la destitución de las tres supuestas víctimas fue producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político”<sup>1051</sup> y que el: “ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político”<sup>1052</sup> está relacionado con el derecho de toda persona que se encuentra: “sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial”<sup>1053</sup>.

A su vez, el TEDH, va asumiendo una creciente importancia en su jurisprudencia, el razonamiento en sentido de que la separación de poderes, como un concepto que forma parte de la teoría constitucional mira hacia los límites permisibles de la interacción entre poderes, enfatizando que esa separación se da entre los órganos políticos del gobierno y los judiciales<sup>1054</sup>.

---

<sup>1049</sup> Esta Sentencia de 31 de enero de 2001, en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, tiene como hechos fácticos la Ley No. 26.657 o Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución, promulgada el 23 de agosto de 1996, que establecía que la reelección presidencial “está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional ... en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución”. Esta Ley por una parte dio lugar a que el Presidente Alberto Fujimori inscribiera su candidatura y; por otra parte a que el Colegio de Abogados de Lima presentara una acción de inconstitucionalidad contra la Ley No. 26.657, por la violación del artículo 112 de la Constitución; el tribunal Constitucional declaró “INAPLICABLE, la ley interpretativa N° 26.657 y como consecuencia los tres magistrados que emitieron su voto en el caso, fueron destituidos de sus cargos por el Poder Legislativo, en el marco de un juicio político que se les siguió; luego de sus reclamos nacionales, presentaron su acción a nivel internacional.

<sup>1050</sup> Siempre recordando que cualquier órgano del poder público puede tener función jurisdiccional.

<sup>1051</sup> Párrafo 67.

<sup>1052</sup> Párrafo 77.

<sup>1053</sup> Ibidem.

<sup>1054</sup> Caso Sacilor Lorminess contra Francia, Sentencia de 09 de noviembre de 2006; en similar sentido al Caso que se invoca en la misma, que es el de Stafford contra el Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 2002

Las acciones como las antes comentadas del caso del Tribunal Constitucional del Perú, son de tipo estrictamente político por órganos del poder público, lo que implica una evidente violación del principio de separación de órganos o distribución de funciones, que en materia jurisdiccional conlleva una grave violación al derecho al juez natural competente, independiente e imparcial; acciones políticas que resultan ser expresión de un inadecuado manejo del poder público y como consecuencia, de la función jurisdiccional.

En consecuencia, la tramitación de juicios políticos no garantiza ni asegura un proceso con juez natural independiente, es que: “Un órgano de naturaleza política, como es el Legislativo, no reúne las mínimas condiciones de imparcialidad en la tramitación de un proceso ... de naturaleza sancionadora”<sup>1055</sup>, siendo varias las razones, como es que: “su composición está caracterizada por la presencia de políticos, más que juristas con experiencia en la función judicial”<sup>1056</sup>, por otro lado ciertas instituciones de representación política<sup>1057</sup>, tendrán el control de la mayoría en las Cámaras del Órgano Legislativo, en esa medida ante una acusación planteada por el Órgano Ejecutivo<sup>1058</sup> “esa mayoría parlamentaria actuará con consigna y sobre la base de la disciplina partidaria”<sup>1059</sup>; lo que indudablemente no garantiza el derecho al juez natural independiente.

Por el principio de independencia se repudia todo tipo de coacción, que está muy presente en juicios de tipo político, por eso de manera correcta se manifestó que: “nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicios de los gobernantes o de los partidos políticos”<sup>1060</sup>, el mismo autor manifestó su preocupación porque son: “gravísimas las consecuencias de permitir que ... la justicia esté a merced de la política y los políticos”<sup>1061</sup>.

Es que en los Estados en los que no existe madurez política, se tramitan juicios de tipo político, donde las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales,

---

<sup>1055</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 34. Este material puede darse lectura en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>1056</sup> Ibidem.

<sup>1057</sup> Como son el Bolivia los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas.

<sup>1058</sup> Órgano Ejecutivo que no en pocas ocasiones busca impedir un control de constitucionalidad o de legalidad por el Órgano Judicial.

<sup>1059</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Análisis ... op. cit.* p. 134.

<sup>1060</sup> Hernando Devis Echandía: *Teoría ... op. cit.*, p. 56.

<sup>1061</sup> Ibidem, p. 130.

lejos de caracterizarse por la independencia, se encuentran sometidos a mandatos e intromisiones de otros órganos del poder público, con una clara violación a una de las garantías mínimas del debido proceso, que es el derecho a un juez natural independiente.

#### **IV.2.4.3 Los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador**

La independencia del juzgador se materializa a través de ciertos mecanismos que los ha mencionado la Corte IDH, en el señalado Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, cuando manifestó que: “la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”<sup>1062</sup>; posteriormente indica: “Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”<sup>1063</sup>; además de estos mecanismos, el TEDH en las Sentencias asumidas por la Corte IDH, reconoce otro que es el relativo a que: “el órgano presenta una apariencia de independencia”.

De acuerdo a esa doctrina, los procedimientos con los cuales se logra independencia jurisdiccional están relacionados con: la forma de nombramiento, la duración en el cargo y la forma de destitución, que aseguran la existencia de un juez independiente, frente a presiones externas que se puede ejercer contra la autoridad jurisdiccional, además de la necesaria apariencia de independencia del órgano; esa doctrina tiene como fuente el razonamiento del TEDH (como reconoció la propia Corte IDH).

En cuanto a uno de los mecanismos señalados, el relativo a la forma de nombramiento, hay que tener en cuenta que en el sistema de nombramiento de las autoridades judiciales en particular, y de las jurisdiccionales en general, o de todos los que ejercen función jurisdiccional, debería garantizar su independencia, siendo: “indispensable un procedimiento eficaz en los nombramientos de los

---

<sup>1062</sup> Párrafo 73.

<sup>1063</sup> Párrafo 75. La referencia que realiza la Corte Interamericana a la fuente, no es otra que un razonamiento de la Corte Europea o Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalándose como precedentes el Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 76 y 78 y; Caso Langborger Vs. Suecia, Sentencia de 22 de junio de 1989, párr. 32.

funcionarios ... Es en la forma de designarlos y en su calidad, no en la vigilancia y castigo, donde se encuentra la garantía de una justicia independiente”<sup>1064</sup>. Un elemento fundamental para el fortalecimiento de un Estado de Derecho, es la garantía de la independencia de jueces y tribunales, que solo se logra a través de un adecuado mecanismo de selección y designación de autoridades jurisdiccionales, sean judiciales o no.

Esta garantía de la independencia, tiene una estrecha relación con otra que es de la imparcialidad, así se dijo que: “una línea de nombramientos interferidos políticamente, no se dará sin consecuencias en el plano de la imparcialidad, en particular, cuando se trate de juicios de relevancia política”<sup>1065</sup>, es que la independencia e imparcialidad están estrechamente relacionados aunque no son lo mismo, la independencia es un presupuesto político y orgánico de la imparcialidad (que se estudiará con posterioridad), en todo caso un juez o tribunal no condicionado políticamente (independiente), podría al mismo tiempo no estar en posición de equidistancia con relación a las partes o al objeto del juicio mismo (parcial).

La forma de designación de autoridades judiciales, no tuvo una misma solución en todos los tiempos y en todos los países, unos han asumido la decisión de que el nombramiento y designación sea realizada por el órgano legislativo, otros sistemas involucran en la designación al propio órgano judicial, no faltan países en los que la designación viene del órgano ejecutivo, o que no sean designados un órgano del Estado, sino que sean elegidos por el pueblo; cada una de estas posibilidades y formas, con sus propios riesgos.

La mayoría de los países de América, ha adoptado la posición que la designación de las autoridades del órgano judicial y/o de tipo jurisdiccional se realiza por el Órgano Legislativo (sea denominado Congreso, Asamblea, Parlamento u otro nombre); en el caso de los países de la Región Andina en estudio, por ejemplo se observa que en el Perú los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros<sup>1066</sup>; a su vez en Colombia los

---

<sup>1064</sup> Hernando Devis Echandía: *Teoría ... op. cit.*, p. 130.

<sup>1065</sup> Perfecto Andrés Ibañez. “Imparcialidad judicial e independencia judicial”. *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 68

<sup>1066</sup> Art. 204 párrafo III de la Constitución Política de Perú.

Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República<sup>1067</sup>.

Ese tipo de nombramiento realizado por el Órgano Legislativo, ha creado en el ciudadano cierta desconfianza porque los magistrados serían: “designados por el Congreso sobre la base de un cuoteo que en el desempeño de sus labores se subordinan a la voluntad política de los partidos que los designan”<sup>1068</sup>; así también se manifestó: “Los nombramientos discrecionales para ... Magistrados del Tribunal Supremo y Constitucional han estado, por lo general, manchados de la impronta partidocrática que el órgano tiene”<sup>1069</sup>.

Esa susceptibilidad, constituye una consecuencia del innegable juego al que han sometido políticos que responden a estructuras de partidos tradicionales, que con alianzas políticas realizan designaciones de autoridades jurisdiccionales, restando credibilidad e imagen a la administración de justicia.

En busca de un cambio que supere las debilidades de la administración de justicia, partiendo de su forma de nombramiento, en Bolivia se cambia el sistema de una designación por autoridades del Órgano Legislativo, a una elección popular<sup>1070</sup>, en el marco de las reformas constitucionales que se han introducido en la CPE de 2009, cuyos arts. 182-I, 188-I, 194-I y 198, señalan que las y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional, serán elegidos mediante sufragio universal.

La elección popular a autoridades del Órgano Judicial, provoca un riesgo de politización, que puede restar de manera considerable la independencia que deben tener los órganos jurisdiccionales, es que la representación popular está circunscrita al campo de lo político: “por eso se vota por los representantes en los poderes legislativo y ejecutivo. En cambio, la función de los magistrados de los más altos tribunales de un país se caracteriza justamente por ser no política ... no

---

<sup>1067</sup> Art. 239, párrafo II de la Constitución Política de la República de Colombia

<sup>1068</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Análisis de la ...*, op. cit. p. 142.

<sup>1069</sup> Rafael Jiménez Asensio. “Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978”. *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 19

<sup>1070</sup> El voto popular, como un medio para elegir autoridades judiciales, solo tiene como antecedente el caso de Estados Unidos, en el que 30 Estados Federados eligen por voto popular a jueces de inferior jerarquía; manteniéndose la designación por el Legislativo de otras autoridades judiciales, a propuesta de su Presidente.

se "deben" a ningún electorado, sólo se "deben" a su conciencia" ".<sup>1071</sup>; asimismo se manifestó que el imponer la elección directa por voto popular: "contribuye a que la politización se haga efectiva y se elimine la independencia de los jueces y magistrados" <sup>1072</sup>, autoridades que a partir de su elección tendrán que tener habilidad política más que honestidad y capacidad técnica, pues: "los ciudadanos que voten por un determinado postulante exigirán un comportamiento de la autoridad acorde con su voluntad política, exigirán rendición de cuentas y aplicarán revocatoria de mandato" <sup>1073</sup>.

El cambio de designación de las autoridades judiciales, de un Órgano político como es el legislativo, a una elección popular, no asegura la transformación y el cambio cualitativo de la administración de justicia en Bolivia, tampoco nos garantiza que supere esa justicia tradicional lenta, que ni siquiera con todas sus falencias ha llegado a todo el territorio del país, a otro tipo de justicia que sea integradora, activa, actual y más próxima a la población; máxime si el riesgo de politización es más profundo, conforme a los comentarios que se han conocido.

Las relaciones entre el juez y la política, vengan por la forma de designación del mismo o por la ideología política que cargan, ambas que de alguna manera se expresan en las resoluciones que emiten, se constituye en uno de los peores problemas que enfrenta la administración de justicia y que le quita legitimidad en su actuación; por una parte es difícil saber cuál es la fórmula adecuada para lograr el nombramiento de autoridades jurisdiccionales sin injerencia política, por otra, es imposible evitar que los jueces tengan una ideología determinada.

En cuanto al nombramiento y/o designación, probablemente exista alguna fórmula que asegure la independencia de las autoridades del órgano judicial, que estén vinculadas a mecanismos que involucren a más de un órgano del Estado y otras entidades, que sean necesarias cumplirse antes de procederse a una designación directa por un órgano del poder público o por elección del pueblo, por

---

<sup>1071</sup> Juan Carlos Urenda: *El Problema de Fondo de la Elección de Magistrados*. Instituto Libertad, Democracia y Empresa (publicado el 17 de octubre de 2011, en [www.institutoilde.org](http://www.institutoilde.org) ).

<sup>1072</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Estudios Sobre la Constitución Aprobada de enero de 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009, p. 40.

<sup>1073</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Análisis de la ...* op. cit. p. 144.

los riesgos que conlleva y se han comentado<sup>1074</sup>; con relación a la ideología, la adecuada formación técnica y ética de las autoridades jurisdiccionales, será la única garantía con la que cuenten los justiciables para que dichas autoridades, al margen de su ideología y posición política, resuelvan los casos con independencia e imparcialidad.

Se encuentra estrechamente relacionado a la forma de nombramiento y/o designación, el otro mecanismo referido a: “si el órgano presenta una apariencia de independencia”, que se entiende mejor a través de la casuística, por ejemplo, cuando un Consejo Policial con función jurisdiccional está integrado por una persona que prestó juramento al resto de los policías, está subordinado a sus superiores y leal a sus colegas, situación que: “podía legítimamente plantear dudas sobre la independencia e imparcialidad organizativa del Consejo Policial” por tanto lesiona el art. 6.1 del CEDH, como entendió en 1988 el TEDH<sup>1075</sup>. En esa línea otros casos, cuando se conoció y resolvió asuntos relativos al sistema británico de la justicia militar, entre ellos en 1997, en el Caso Findlay contra el Reino Unido, en el cual el TEDH refiriéndose a la figura del *convening officer*, relativo a la acusación, señaló que la desconfianza del acusado y demandante acerca de la independencia del Tribunal penal militar estaban suficientemente fundadas, por el papel clave en la acusación y al mismo tiempo designación a los miembros de la corte marcial, quienes eran inferiores en rango a él y caían dentro de su cadena de mando<sup>1076</sup>.

El mecanismo referido a la apariencia de independencia (vinculado al nombramiento), si bien no fue asumido de manera expresa por la Corte IDH, lo ha sido implícitamente, cuando reconoció por ejemplo que jueces y tribunales militares no presentan una apariencia de independencia. Muchos son los pronunciamientos en ese sentido, tal el Caso de 1999, denominado Castillo Petruzzi, en el que se manifestó que: “el nombramiento de los miembros

---

<sup>1074</sup> Al respecto el Colegio Nacional de Abogados de Cochabamba, ha presentado a conocimiento de la Asamblea Legislativa Plurinacional, una propuesta para la calificación y preselección de los postulantes a ocupar esos cargos, comprobando habilidades, destrezas y conocimientos de los aspirantes de manera pública, con un examen escrito en el que se utilicen códigos de barras, evaluaciones a ser realizadas por una comisión examinadora de juristas destacados y no por la Asamblea Legislativa que es un órgano político. (publicado el 27 de abril de 2011, en [www.lostiempos.com](http://www.lostiempos.com) ).

<sup>1075</sup> Caso Belilos Vs. Suiza, Sentencia de 28 de abril de 1988.

<sup>1076</sup> Caso señalado, Sentencia de 25 de febrero de 1997; en similares situaciones los casos Coine contra reino Unido, de 24 de septiembre de 1997, Cable y otros contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999, Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 06 de febrero de 2001

del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares<sup>1077</sup>; resulta cuestionable y hace dudar la independencia de los tribunales militares, cuando los mismos son designados por el Ministro del ramo, que forma parte del Órgano Ejecutivo.

Asimismo en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005, se indicó que: “La Corte estima que ... tribunales militares ... su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales ... no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”<sup>1078</sup>.

La Corte IDH, sin así decirlo, asume la posición que ya tuvo el Tribunal Europeo, cuestionándose en ambos tribunales la independencia del tribunal penal militar, por el origen o la forma de designación, dudándose de la independencia del juzgador.

Los razonamientos en cuanto al tema de nombramiento y su relación con la independencia de la autoridad jurisdiccional, han sido asumidos por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, que corresponde a la Sentencia emitida el 09 de junio de 2004, en la que se ha citado de manera expresa a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi emitida por la Corte IDH, señalando que: “no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a ... Jueces .... La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad”<sup>1079</sup>.

---

<sup>1077</sup> Párrafo 130.

<sup>1078</sup> Párrafo 155.

<sup>1079</sup> Punto 6.58.



Asimismo, dicho Tribunal Constitucional del Perú, en Sentencia de inconstitucionalidad de 29 de marzo de 2006<sup>1080</sup>, pronunciada dentro del Expediente 0004-2006-PI/TC, se remitió de manera expresa al Caso Palamara Iribarne Vs. Chile pronunciado por la Corte IDH, declarándose inconstitucionales, una serie de disposiciones relativas al nombramiento de autoridades militares por el órgano Ejecutivo, por vulnerar el principio de independencia.

Otro de los mecanismos que aseguran la existencia de un juez independiente, es el referido a la duración del mandato, vinculado al mecanismo referido a la existencia de garantías contra presiones externas<sup>1081</sup>, que solo se asegura con la inamovilidad del juzgador, que no se da cuando se produce su arbitraria destitución; o dicho de otra manera, se protege la remoción durante el mandato de un juzgador, a través de la inamovilidad, salvo causas legalmente establecidas.

En los diferentes países, los jueces o tribunales de instancia, en general son designados dentro de un sistema de carrera judicial, que regula las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio del cargo público; siendo esa una forma de asegurar la idoneidad de los funcionarios, la estabilidad que deben gozar, la independencia que deben tener en sus actuaciones<sup>1082</sup>; caso contrario podrán ser separados de sus funciones como consecuencia de la determinación de responsabilidad disciplinaria que puede llegar inclusive hasta una sanción de destitución.

Regularmente quedan fuera del sistema de la carrera judicial Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo, como otros magistrados de altas cortes que son designados por el Ejecutivo o Legislativo o por elección popular, que normalmente tienen un período de funciones fijados en la CPE correspondiente<sup>1083</sup>.

Los jueces de carrera, como los magistrados de altas cortes, gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos, los unos durante el tiempo de su

---

<sup>1080</sup> Que se pronunció como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad planteada por la Fiscal de la Nación contra una serie de disposiciones relativas a la Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

<sup>1081</sup> Ambos mecanismos señalados por el TEDH, en el indicado caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido.

<sup>1082</sup> En ese sentido el art. 178-I de la CPE de Bolivia, señala de manera expresa que una garantía de la independencia judicial, es el desempeño de los jueces a través de una carrera judicial.

<sup>1083</sup> Por ejemplo en el caso boliviano, en art. 183-I de la CPE señala que el período de mandato de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia es de 6 años, sin derecho a ser reelegidos.

carrera judicial, los otros dentro del período de funciones para el que han sido designados o elegidos; estabilidad que se materializa con el principio de inamovilidad de los jueces que: “Se establece como un valladar contra la remoción y el apartamiento de una causa, impuesta por la vía del traslado sin consentimiento, convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado”<sup>1084</sup>.

Asimismo, la CIDH, entendido como un principio que: “crea estabilidad en la magistratura; si el juez ha de ser removido, dicha remoción debe llevarse a cabo en estricta conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución”, también señaló que: “el principio -de inamovilidad- se basa en la propia naturaleza especial de la función de los tribunales y garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales”<sup>1085</sup>.

En cuanto a la destitución de los jueces, la Corte IDH en el señalado Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, manifestó que: “la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe ... permitir el ejercicio del derecho de defensa”<sup>1086</sup>; es decir que por los principios de independencia de los jueces y tribunales, así como por el de inamovilidad<sup>1087</sup>, en caso de producirse un proceso en contra de esa autoridad jurisdiccional (que puede terminar o no con sanción de destitución), es necesario que se respete las garantías mínimas al debido proceso, como es su derecho a la defensa y también su derecho de ser juzgados por autoridades independientes.

En consecuencia la independencia del juez o tribunal, se materializa con la inamovilidad que goza durante su carrera judicial o el período de su mandato, que puede terminar cuando en un debido proceso -que reúna garantías mínimas- se disponga la sanción de destitución; de esa manera se busca asegurar que las autoridades del órgano judicial a tiempo de decidir las causas que les toca resolver, actúen de manera independiente y al margen de presiones políticas de otros órganos del Estado o presiones de cualquier otro tipo.

---

<sup>1084</sup> Francisco Fernández Segado: “*El Sistema Constitucional Español*”. Ed. Dyckinson, Madrid-España, 1992, p. 1065.

<sup>1085</sup> CIDH Informe N° 30/97 de 30 de septiembre, en el Caso 10.087, Gustavo Carranza Vs. Argentina, párrafo 41.

<sup>1086</sup> Párrafo 74.

<sup>1087</sup> Inamovilidad que alcanza a los mecanismos de permanencia en el cargo y terminación de su ejercicio.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente EXP. N.º 0023-2003-AI/TC, señaló que: “la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato ... debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático”<sup>1088</sup>, al referirse a la posición que sumió la Corte IDH.

Es decir que los jueces y/ magistrados, al igual que cualquier funcionario público, gozan de inamovilidad y estabilidad en el desarrollo de sus funciones -por el tiempo que en cada caso pueda corresponder-, pudiendo ser destituidos o separados de sus actividades, solo cuando se ha observado a su favor un debido proceso en tiempo oportuno y razonable, que se tramite con las garantías mínimas de defensa e imparcialidad, además de contar con una decisión jurisdiccional debidamente motivada y fundamentada.

Finalmente es necesario referirse al señalado Expediente EXP. N.º 0023-2003-AI/TC, en cuya sentencia el Tribunal Constitucional del Perú, entendió que la inamovilidad, debe tenerse en cuenta dos aspectos: “a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial (al que ya se hizo mención). b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro”<sup>1089</sup>.

El traslado debe prohibirse porque pone en peligro la estabilidad del juez en su cargo y su carrera judicial, es que: “no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo”<sup>1090</sup>; y en el ámbito de la jurisdicción militar, se viola el juez independiente, pues: “por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo ..., resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales”<sup>1091</sup>.

El haberse incluido el traslado, como otro mecanismo más que asegura la independencia de los jueces, refleja el carácter garantista y desarrollado que tiene el Tribunal Constitucional del Perú, complementando la línea del TEDH, asumida por la Corte IDH, al reconocerse al traslado como un medio más de garantía al derecho de las personas a un juez independiente.

---

<sup>1088</sup> Punto 5.35.2.

<sup>1089</sup> Punto 5.35.2

<sup>1090</sup> Ibidem.

<sup>1091</sup> Punto 5.36.

#### IV.2.5 Juez imparcial

La independencia y la imparcialidad, se constituyen en dos principios básicos de la administración de justicia, distintos pero complementarios, así: “un juez imparcial requiere ... ser independiente ... mientras que un juez puede ser independiente y, sin embargo no ser imparcial a la hora de conocer una causa determinada”<sup>1092</sup>.

No es suficiente que un Juez o Tribunal a tiempo de resolver una causa actúe de manera independiente<sup>1093</sup>, sino que es necesario que el mismo sea imparcial y que la única razón que lo guíe sea la correcta administración de justicia, sin desviar sus apreciaciones a ningún tipo de consideración: sea de amistad, enemistad, simpatías o antipatías, razones políticas, religiosas u otras, lucro personal o dádivas ilícitamente ofrecidas y obtenidas, etc. .

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice*<sup>1094</sup>, es decir que a tiempo de conocer y resolver una causa, sus apreciaciones no son parciales, sesgadas, ni cargadas de prejuicios con relación a ninguno de los sujetos procesales.

Por eso se manifestó que la imparcialidad es una: “actitud, que nos muestra que este juzgada sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte”<sup>1095</sup>, es decir se trata de un juez o de un tribunal que en su actuación se caracteriza por ser una parte desinteresada o que conoce y resuelve una causa en forma absolutamente libre, sometándose únicamente a su conciencia y a la norma aplicable, sin estar presionada por las partes ni por ningún poder, en condiciones de un ejercicio pleno de la administración de justicia con imparcialidad, como un ideal al que se debe tratar de alcanzar en su actividad.

---

<sup>1092</sup> Rafael Jiménez Asensio. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2002, p. 71

<sup>1093</sup> Actuación independiente que se dará cuando la autoridad jurisdiccional sea autónoma, sometida única y exclusivamente a la Constitución y las leyes, no así al poder de cualquier otro órgano del Estado, en el marco del principio de separación de funciones, que se constituye la base del sistema democrático.

<sup>1094</sup> CIDH Informe N° 78/02 de 27 de diciembre, en el Caso 11.335, Guy Malary Vs. Haití, párrafo 74.

<sup>1095</sup> Rafael Jiménez Asensio. *Imparcialidad ... op. cit.* p. 71

Una sociedad democrática: “descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia”<sup>1096</sup>, imparcialidad que es necesaria para la seguridad de las partes en la administración de justicia, que cuando no existe pone en peligro el prestigio del juez o del tribunal o la *auctoritas* de la autoridad judicial.

El prestigio de la autoridad judicial crece, cuando en sus fallos expresa las razones suficientes que hacen a su decisión final, por lo que se puede decir que: “el juez ha sido imparcial si en la motivación de la sentencia demuestra haber sido imparcial”<sup>1097</sup>, es pues la motivación de una resolución la que debe demostrar que se la asumió, respondiendo a todos los aspectos de hecho y de derecho en cuestión, por tanto definida en forma imparcial.

#### **IV.2.5.1 Elementos objetivo y subjetivo de la imparcialidad**

La doctrina de la imparcialidad del juez natural, ha sido desarrollada por el TEDH, recogida de manera expresa por la Corte IDH, en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, en Sentencia 5 de agosto de 2008<sup>1098</sup>, que señaló que esa imparcialidad se compone de elementos subjetivo y objetivo; en el primer caso: “exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio”, a su vez el segundo caso implica que un juzgador debe participar en una contienda judicial: “ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”<sup>1099</sup>.

De acuerdo a esa doctrina, el aspecto subjetivo de la imparcialidad está en relación a la convicción personal del juez en un determinado caso, sometido a una

---

<sup>1096</sup> Como señala Juan Antonio Robles Garzón, citado por Salvador Guerrero Palomares. *La imparcialidad objetiva del juez penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 33

<sup>1097</sup> Michele Taruffo. “La Cultura de la Imparcialidad en los países del *common law* y del derecho continental”. *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 118

<sup>1098</sup> Párrafo 56.

<sup>1099</sup> *Cfr. Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-III*, § 30, y *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28; en similar sentido casos anteriores como el *Caso Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, y *Caso Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86

presunción *iuris tantum*<sup>1100</sup>, es decir que se presume la imparcialidad del juzgador, salvo prueba en contrario; imparcialidad que se: “origina por la relación extraprocesal que cualquiera (o todos) los miembros del órgano juzgador tenga o haya tenido con las partes en el proceso”<sup>1101</sup>.

A su vez, el aspecto objetivo de la imparcialidad se refiere a la falta de contacto anterior por parte de los magistrados con el *thema dedidendi*, que pueda haberles causado un perjuicio a alguna de las partes; lo que implica que la imparcialidad objetiva deriva de la relación o contacto que el órgano judicial haya podido tener con los hechos y con alguna de las partes con anterioridad a la sustanciación del proceso.

La imparcialidad subjetiva (personal) u objetiva (funcional), está relacionada a la percepción razonable de imparcialidad que pueda tener el que será juzgado, excluyéndose cualquier duda legítima de parcialidad del juez, sobre la base de elementos perceptibles (subjetiva u objetivamente, según el caso) que permitan establecer que el juzgador no está siendo sometido a ningún tipo de influencia, perjuicio o intromisión, sino motivado únicamente por el interés de lograr una correcta administración de justicia.

Este tipo de división de la imparcialidad como subjetiva u objetiva, como se manifestó parte de la interpretación doctrinal que al respecto desarrolló el TEDH y que en general, es plenamente admitida por la comunidad jurídica; sin embargo no faltan otros doctrinarios del derecho que hacen mención a otra clasificación y así se habla por ejemplo de la imparcialidad personal y procesal, con el fin de evitar confusiones con la imparcialidad subjetiva y objetiva<sup>1102</sup>; o también se menciona a la: “imparcialidad genérica y abstracta, entendida como desinterés en el resultado de la causa ..., o si podemos centrar el debate en la más concreta imparcialidad objetiva”<sup>1103</sup>.

---

<sup>1100</sup> La presunción implica un juicio lógico, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, sin que este probado o sin que nos conste; presunción que pueden ser *iure et de iure*, contra la cual no se admite prueba en contrario o puede ser *iuris tantum*, que es la que admite prueba en contrario, según lo manifestado por Víctor de Santo, *Diccionario de Derecho Procesal*, Ed. Universidad, 2008, p. 281.

<sup>1101</sup> Ricardo Rodríguez Fernández. *La Contaminación Procesal. El derecho a l juez imparcial*, Ed. Comares, Granada 2000, p. 22

<sup>1102</sup> Vives Antón. “Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación del delito”. *Teoría y Derecho*, junio/diciembre 2007, Valencia, p. 107

<sup>1103</sup> Salvador Guerrero Palomares. *La imparcialidad*, op. cit. p. 167

Pese a las diversas clasificaciones, se hará mención a la imparcialidad subjetiva y objetiva, en la medida que esa clasificación, ha sido y es la más asumida en el medio judicial; ahora bien, es necesario hacer una diferencia entre la imparcialidad objetiva en el alcance que se ha comentado, con los criterios de competencia objetiva, como son: materia, cuantía, territorio, entre otros, que determinan la competencia del juez natural.

Los criterios de competencia objetiva, pueden determinar la existencia de un juez objetivamente competente, pero no desde el punto de vista de la convicción personal del juzgador (aspecto subjetivo de la imparcialidad) o de la posición que tuvo la autoridad juzgadora respecto del objeto mismo del proceso (aspecto objetivo de la imparcialidad); situaciones en las que el juzgador puede encontrarse comprendido respecto a las partes o a la misma cosa litigiosa, generándose un interés propio en esa autoridad en la decisión final para que se emita en uno u otro sentido, perdiendo en tal caso su imparcialidad.

En aquellos casos en los que: “el juez pierde su carácter de *imparcial* (no parte), o su *imparcialidad* (no interesado)”, se dice que es la legislación la que otorga a: “los litigantes la facultad de desplazar la competencia del juez objetivamente competente pero subjetivamente incompetente hacia otro juez que sea objetiva y subjetivamente competente”<sup>1104</sup>; lo que implica en aquellos casos en los que la imparcialidad objetiva y/o subjetiva del juzgador está en juego (no la competencia objetiva), la ley coloca en manos de las partes y de las mismas autoridades diversos medios para atacarlas y lograr un juicio con un juez natural imparcial o sin violación del derecho a un juez imparcial.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el EXP. N.º 0023-2003-AI/TC en Sentencia de 09 de junio de 2004, hizo mención a las dos acepciones objetiva y subjetiva de la imparcialidad, señalando como fuente de su razonamiento casos del TEDH<sup>1105</sup>, expresando que: “el principio de imparcialidad ... se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso”<sup>1106</sup>, asimismo detalló las dos acepciones del principio de imparcialidad, tal la: “a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b)

---

<sup>1104</sup> Adolfo Alvarado Velloso. *Sistema Procesal* ... op. cit. p. 291.

<sup>1105</sup> Se hizo mención al Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984, entre otros.

<sup>1106</sup> Punto 5.34.

Imparcialidad objetiva ... el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable”<sup>1107</sup>.

En este caso se toma como fuente únicamente la jurisprudencia del TEDH y no así de la Corte IDH, no solo porque en el tema de las acepciones de la imparcialidad, asimiló la jurisprudencia desarrollada por el Sistema Europeo de Protección, sino porque el fallo interamericano fue pronunciado con posterioridad al estatal.

#### **IV.2.5.2 Cuestión de imparcialidad: recusación**

Cuando una autoridad judicial se considera incompetente respecto a una demanda nueva que se presenta, no discute su competencia con nadie, simplemente que con la fundamentación correspondiente se limita inicialmente a repelerla o no conocer una causa que exceda de sus atribuciones; por otra parte, cuando el proceso ya está en curso y trámite, un juez que se considere imparcial respecto a una demanda, tiene la obligación en el primer acto, de presentar su excusa, por encontrarse respecto de alguno de los litigantes, sus representantes o sus abogados, en una situación parcializada con cualquiera de ellos, o de interés personal.

En ambos casos (dependiendo del estado del proceso al inicio de la demanda o ya en trámite -pero siempre al inicio del conocimiento de la causa-) lo que en realidad se da es una abstención, que es: “un instituto que está ligado directamente a la imparcialidad ... su importancia institucional está fuera de toda duda porque conecta con el código ético y deontológico de la función judicial”<sup>1108</sup>, siendo esta una manera que asegura la legitimidad de la administración de justicia que se verá fortalecida con autoridades judiciales que de manera oportuna y debidamente fundamentada, se separen del conocimiento y resolución de una causa, sea por causas subjetivas u objetivas, lo que ayuda a acrecentar la imagen y confianza del Poder Judicial.

A su vez, cuando un juez ya ha admitido su competencia, pero el demandado considere que carece de facultades para juzgar, puede plantear cuestiones de competencia, oponiéndose a la aptitud que tiene el juez de terminar

---

<sup>1107</sup> Ibidem

<sup>1108</sup> Rafael Jiménez Asensio. “Imparcialidad ...”, op. cit., p. 35



conociendo y resolviendo una causa, a través de la declinatoria<sup>1109</sup> y de la inhibitoria; la última (inhibitoria) que se refiere al medio que tiene el demandado para: “presentarse ante otro juez que no esté conociendo el asunto, pero al cual el demandado lo considera competente .. solicitarle que declare su competencia y reclame al juez que está conociendo de la causa que se declare incompetente y cese en su intervención”.

Por otra parte cuando cualquiera de las partes considera que la autoridad judicial es parcial con la otra parte, “se pone la base para que, si concurren las causas legales ... puedan ... las partes recusarlos”<sup>1110</sup>; la recusación se constituye en un medio para separar al juez de la causa, por existir elementos que provocan dudas razonables y fundadas, en sentido de que el proceso no será resuelta con imparcialidad, sino con interés personal del juzgador o en sentido de que se favorecerá a uno de los sujetos procesales;

Esta institución se convierte: “no sólo en un derecho de la parte, sino también en una garantía del proceso justo, que se puede activar cuando fallan los mecanismos tradicionales de la inhibición o abstención por parte de los miembros de la propia judicatura”<sup>1111</sup>; lo que implica que el juez cuya parcialidad se duda debe de inicio abstenerse de conocer la causa, pero en caso no hacerlo así puede ser recusado por una de las partes en litigio, solo así se consigue la tramitación de un proceso justo.

En el Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, la Corte IDH, entendió que la recusación tiene una doble finalidad: “por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción”<sup>1112</sup>, en función a esa finalidad define a la recusación como: “una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales”<sup>1113</sup>,

Las instituciones señaladas: la inhibitoria como cuestión de competencia y, la recusación como cuestión de imparcialidad, están destinadas a garantizar la

---

<sup>1109</sup> La Declinatoria se da cuando el demandado deduce excepción de incompetencia, solicitando al juez que decline el conocimiento de la causa respecto a la cual lo considera incompetente.

<sup>1110</sup> Manuel Ortells Ramos: *Derecho Procesal Civil*. Ed. Aranzadi S.A., Navarra-España, 2010, p. 242.

<sup>1111</sup> Rafael Jiménez Asensio. *Imparcialidad op. cit. p. 250*

<sup>1112</sup> Párrafo 63.

<sup>1113</sup> *Ibidem*

existencia de un juez competente e imparcial, respectivamente; estas dos instituciones han sido analizadas por la Corte IDH en la Sentencia de 05 de agosto de 2008, que se emitió en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela de 5 de agosto de 2008<sup>1114</sup>, fallo internacional en el que también se examinó el alcance de la imparcialidad en sus aspectos subjetivo y objetivo, de acuerdo a la doctrina desarrollada por la Corte Europea, antes comentado.

Dentro de la tramitación del proceso disciplinario -que dio lugar a la emisión de la indicada Sentencia emitida por la Corte IDH en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela -, antes de la notificación con la destitución a los magistrados demandados, uno planteó recusación y otro inhibitoria en contra de los miembros del tribunal disciplinario (CFRSJ), la recusación no fue resuelta y se hizo mención a los casos en los que procede una inhibitoria; situación que ante la Corte IDH fue cuestionada en contra del Estado Venezolano, tanto por la CIDH como por las víctimas, como violación al derecho a un juez imparcial.

La Corte IDH considera que la recusación es: “un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial”<sup>1115</sup>; a su vez, señala que la inhibición (inhibitoria): “no es suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal, puesto que no se ha demostrado que el justiciable tenga algún recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciera”<sup>1116</sup>; en el caso concreto y luego de una valoración la Corte concluye que: “sí está demostrado que su legislación ... les impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada”<sup>1117</sup>, por faltar la recusación en su legislación; por lo que se concluyó que: “el Estado no garantizó el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención”<sup>1118</sup>.

---

<sup>1114</sup> Este caso tiene como base fáctica el proceso administrativo disciplinario que llevó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (CFRSJ) contra Juan Carlos Apitz Barbera y otros, como ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que terminó con sanción de destitución por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo (lo que generó reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo). La sanción de destitución se dio por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable, cuando lo que existió fue una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada.

<sup>1115</sup> Párrafo 64.

<sup>1116</sup> Párrafo 65.

<sup>1117</sup> Párrafo 66.

<sup>1118</sup> Párrafo 67.

Consiguientemente, la inhibitoria no garantiza la imparcialidad de un juez o tribunal, por ser la misma una cuestión de competencia y no una cuestión de imparcialidad. Al contrario, la recusación garantiza la imparcialidad del juzgador por ser una cuestión de imparcialidad o un medio procesal que tiene el justiciable para solicitar que su causa sea juzgada por un juez imparcial o respecto al cual no tenga duda razonable su de parcialidad; medio procesal que además puede ser utilizado cuando la autoridad jurisdiccional, debiendo inhibirse de conocer la causa -por falta de competencia- no lo hiciere; razón por la que se vulnera el derecho a un juez imparcial, en aquellos países en los que no existe esa herramienta procesal -recusación-.

La Sentencia antes comentada, emitida el año 2008, en el referido Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, es la primera que analiza la imparcialidad subjetiva y objetiva del juzgador, conforme al desarrollo que al respecto se dio en el Tribunal Europeo; así como se complementó la reflexión con el alcance de dos instituciones jurídicas importantes como son la recusación e inhibitoria; antes de ese caso, los análisis que efectuó la Corte del tema del juez imparcial, están en íntima conexión a la exigencia de un juez competente, como se pasa a comentar.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC, en el que se pronunció la Sentencia de 03 de enero de 2003, señaló que la: “recusación está destinada justamente a cuestionar la imparcialidad ... del juez en la resolución de la causa”, violándose el derecho al juez natural imparcial: “si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos”<sup>1119</sup>, por esas razones declaró inconstitucional una norma<sup>1120</sup>: “al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional”<sup>1121</sup>; este fallo es anterior al emitido por la Corte IDH referido y aplicable a la situación de estudio.

---

<sup>1119</sup> Punto 10.2.c.112

<sup>1120</sup> El inciso h) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475

<sup>1121</sup> Punto 10.2.c.113

#### **IV.2.5.3 La apariencia de imparcialidad. Tribunales militares**

Desde una perspectiva objetiva, existen motivos por los que las partes tienen duda razonable sobre la parcialidad del juzgador, que resultan ser percibidos por situaciones que se partiendo de lo que existe y de lo que se ve, lo que provoca desconfianza en la administración de justicia, temiéndose la imparcialidad de la autoridad que va a decidir un caso, como es el que se da cuando militares activos participan de situaciones que las juzgan, lo que provoca recelo de que la causa no sea resuelta por un juez natural imparcial.

En aquellos casos donde las autoridades jurisdiccionales de un Estado parte de la CADH, han vulnerado y violado el derecho a un juez imparcial, se analizó el caso por la Corte IDH, a través de una serie de fallos que se pasan a conocer.

La actividad de una institución y los hechos que juzga, no garantizan la imparcialidad del juzgador, pues no puede ser parte y juez al mismo tiempo; así tratándose de las fuerzas armadas tienen un doble papel, por un lado conocen y deciden sobre una determinada situación (parte) y, por otra parte la juzgan, lo que no satisface los requerimientos inherentes a las garantías de independencia y sobre todo de imparcialidad, establecidas por el artículo 8.1 de la CADH, en ese sentido se reconoció en diversos casos, como los que se detallan.

En el Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, en mayo de 1999, se manifestó: “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”<sup>1122</sup>.

En el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, de 16 de agosto de 2000, se indicó : “los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos ... y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo ... Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”<sup>1123</sup>.

En la misma línea, en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, de 18 agosto de 2000, cuando se indicó que: “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por

---

<sup>1122</sup> Párrafo 130.

<sup>1123</sup> Párrafo 126.

el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”<sup>1124</sup>.

En diciembre de 2001, en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia (06 de diciembre de 2001), se ha extrañado la falta de imparcialidad, porque: “En el caso *sub judice*, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo reconoció el propio Estado”<sup>1125</sup>.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente EXP. N.º 0023-2003-AI/TC, que corresponde a una Sentencia de junio de 2004, asumió los razonamientos de la Corte IDH sobre la imparcialidad del juzgador, citando de manera expresa Caso Castillo Petruzzi, que se refiere a la imparcialidad del juzgador, señalando que: “el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los principios de ... imparcialidad de la función jurisdiccional”<sup>1126</sup>;

Ese mismo razonamiento ha sido reiterado por ese Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente N.º 0004-2006-PI/TC, en el que se emitió la Sentencia de marzo de 2006, en la que se señaló que: “el juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas ... la situación de actividad implica un nivel de pertenencia ... al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo” además el análisis concluyó con una apreciación lógica, en sentido de que: “no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es ... imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional”<sup>1127</sup>.

Es que un militar activo y juzgador, difícilmente podría ser imparcial con la institución a la que pertenece, si de la misma recibe el trabajo, asensos y otras ventajas; al respecto resulta muy gráfico un cuestionamiento que se realizó el Tribunal Constitucional del Perú -con respuesta obvia-, cuando en el tantas veces referido Expediente N.º 0004-2006-PI/TC en marzo de 2006 se preguntó: “¿Qué ... imparcialidad se podría asegurar a los propios efectivos militares que puedan ser

---

<sup>1124</sup> Párrafo 114.

<sup>1125</sup> Párrafo 53.

<sup>1126</sup> Punto 6.42.

<sup>1127</sup> Punto 2.2.68.

procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense? La respuesta es obvia, ninguna”<sup>1128</sup>. Es importante destacar como en este tema, el Tribunal Constitucional del Perú ha recibido la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera expresa, realizando la cita y del precedente correspondiente.

Ese mismo Tribunal Constitucional del Perú, emitió otra Sentencia, en 13 de junio de 2006, en el EXP N.º 0006-2006-PI/TC, en la que también de manera expresa asumió y se refirió a los criterios que la Corte IDH dio en los Casos Durand y Ugarte vs. Perú (2000), Cantoral Benavides vs. Perú (2000), Tribunal Constitucional vs. Perú (2001), Palmeras vs. Colombia (2001), Lori Berenson vs. Perú (2004) y, Palamara Iribarne vs. Chile (2005), señalando que: “Respecto de los tribunales militares, la Corte ha sostenido, expresamente, que el hecho de que se encuentren compuestos por oficiales en actividad atenta contra la independencia e imparcial que debe tener toda autoridad que administre justicia”<sup>1129</sup>.

A su vez, la Corte Constitucional del Colombia en la misma temática, ha manifestado que:

“imparcialidad exige que el proceso no sea afectado por personas que tengan algún interés o relación personal con el asunto. Sólo así puede protegerse a los ciudadanos de injerencias inadecuadas y opiniones anticipadas de parte de los funcionarios. Es obvio entonces que los militares no gozan de la imparcialidad exigida por la Carta y los pactos de derechos humanos cuando investigan penalmente a sus enemigos en un conflicto armado”<sup>1130</sup>.

Esa apreciación la realizó haciendo mención a la garantía de imparcialidad, estudiada en varias ocasiones por la Corte IDH, pese hacer referencia a ese organismo de protección internacional y asumir su criterio, no se señaló cual fuera el precedente que se asumió en el caso concreto.

---

<sup>1128</sup> Ibidem

<sup>1129</sup> Punto 1.12.

<sup>1130</sup> Sentencia C-251/02

### IV.3. DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

#### IV.3.1 Marco normativo internacional

El derecho a la libertad de expresión y de pensamiento, es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en las diferentes Constituciones Políticas, de los distintos Estados, pero la regulación normativa interna, no es una construcción improvisada, es producto de: “una conquista de la era moderna, que, palmo a palmo, se ha ido ganando con el progreso de la Humanidad”<sup>1131</sup>, que se encuentra reconocido en las normas internacionales que sobre derechos humanos, se han ido emitiendo a través del tiempo.

En una época caracterizada por ausencia de libertad, con los movimientos de la Ilustración y de la Enciclopedia del S XVIII, empezó a resquebrajarse el poder del Rey y de la nobleza, que concluyeron con las conquistas de la Revolución Francesa, basada en las ideas de igualdad y libertad: “marca el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales”<sup>1132</sup>, poniéndose en alto la idea de que: “La libertad es un bien en sí misma ... la libertad es un bien individual”<sup>1133</sup>.

Ese pensamiento revolucionario de la ilustración, en defensa de los derechos individuales y personales, de inicio no tuvo consideración de las consecuencias sociales que provocaría esa implantación, por lo que fue necesario que en forma posterior se complemente esa visión estrictamente individual de las libertades, con otras apreciaciones de naturaleza normativa que garanticen el ejercicio de los derechos, así como: “su regulación y sus límites, lo que también afectó, lógicamente, al derecho a la libertad de expresión”<sup>1134</sup>.

En América, en la Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776, entre los derechos (XII) está reconocido que: “la libertad de prensa es uno de los grandes

---

<sup>1131</sup> José Augusto de Vega Ruiz: *Libertad de Expresión Información Veraz Juicios Paralelos Medios de Comunicación*. Ed. Universitas S.A., 1998, Madrid-España, p. 25.

<sup>1132</sup> Luis Escobar de la Serna: *Derecho de la Información*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2001, p. 34. (3ra. Edición 2004)

<sup>1133</sup> Juan Fernando Badía: *Democracia frente a la autocracia*. Los tres grandes sistemas políticos. Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 63.

<sup>1134</sup> Luis Escobar de la Serna: *Derecho*, op. cit. p. 40.

baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos”; a su vez a la primera enmienda que se realizó a su Constitución en 1791, se ordenó que: “el Congreso no hará ley alguna por la que ... se limite la libertad de palabra, o la de prensa”.

En Europa, en el plano normativo, el derecho a la libertad de expresión, se encuentra por primera vez regulado en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se manifestó: “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”, documento que sobre la influencia de la Declaración de Virginia, sin lugar a duda, constituye en el origen de posteriores declaraciones internacionales de protección de los derechos humanos.

Posteriormente el art. 19 de la DUDH de 1948, amplió esa regulación cuando expresó: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En el mismo año (1948) se pronunció la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. IV establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”<sup>1135</sup>.

El 16 de diciembre de 1966, se emitió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 19.2 prevé que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”.

Sobre la base normativa anterior, en 22 de noviembre de 1969, la CADH, en su art. 13.1, señala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, radica en que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir

---

<sup>1135</sup> Declaración que es la base jurídica que generalmente utilizan, los países que no han ratificado la Convención Americana, como por ejemplo Estados Unidos.



informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Finalmente la Carta Democrática Interamericana, de 11 de septiembre de 2001, en su art. 4° manifiesta que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.”.

La última regulación (Carta Democrática), es producto de la necesidad de una aplicación real y efectiva de la democracia, como institución indispensable para la paz, la estabilidad y el desarrollo de la región Americana, pues solo: “cuando las democracias han ido implantándose, es cuando la libertad de expresión se ha consolidado como derecho fundamental. Así, la democracia, progresismo y civilización, van, unidad de la mano, a propulsar la ratificación del concepto”.<sup>1136</sup>.

Es así que el derecho a la libertad de expresión, consagrado en diversos instrumentos internacionales Universales y de América, a través de un proceso de internacionalización de los derechos humanos, ha sido recogido por las distintas Constituciones Políticas de los Estados de países de la región andina, reconocidos como derechos fundamentales o constitucionales.

Así, la Constitución Política del Perú de 1993, en su art. 2.4 señala como derecho fundamental de toda persona: “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, como parte de derechos civiles y políticos, en su art. 21.5, reconoce el derecho que tiene toda persona: “A expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva”; ampliándose ese entendimiento con un derecho de comunicación consagrado en el art. 106-II que manifiesta: “El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información,

---

<sup>1136</sup> José Augusto de Vega Ruiz: *Libertad*, op. cit. p. 25.

a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.”.

Asimismo, la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 (reformada el 2005, en su art. 20 señala como parte de los derechos fundamentales que: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

Regulaciones internas que con las particularidades del lugar en el que han sido pronunciadas, en general recogen el contenido de la normativa internacional que al respecto se pronunció, sobre cuya base la Corte IDH viene otorgando protección jurisdiccional, desarrollando una encomiable jurisprudencia, que será analizada en el presente trabajo.

### **IV.3.2 Alcance del derecho**

#### **IV.3.2.1 La organización social y el derecho**

Las apreciaciones que en la antigüedad realizó Aristóteles, en sentido de que el hombre es un animal social (*zoon politikon*), siguen siendo objeto de apreciación, por una característica propia del ser humano, cual es su sociabilidad, pues el hombre se desarrolla dentro de un determinado conglomerado humano y en contacto con sus semejantes.

Partiendo de ese escenario se puede afirmar que la comunicación entre los hombres, se constituye en: “la base y el fundamento de la sociabilidad del hombre, y, en consecuencia, de la propia sociedad política. En definitiva, vivir en sociedad es, ante todo, comunicarse”<sup>1137</sup>; es indudable que la posibilidad de transmitir ideas, conocimientos, informarse, se convierte en un eje trascendental en las relaciones de todos los seres humanos.

De ahí que se afirma que la relación del ser humano con el medio que lo rodea y con las personas que convive, es el escenario adecuado que le permite desarrollar sus mayores potencialidades, desplegando todas sus aptitudes y sus

---

<sup>1137</sup> Florentina Navas Castillo: “Libertad de expresión y derecho a la información”. *Libertades Informativas*. Ed. Colex, 2009, Madrid, p. 89

capacidades; caso contrario, el aislamiento -que constituye un duro castigo- impide al ser humano su madurez personal, anula su condición natural de ser sociable, bloquea el desarrollo de su personalidad, llegando a lesionar su dignidad y sus derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información; por eso se dijo: “El desarrollo de la personalidad de los individuos requiere que exista un clima de libertad para que puedan expresar sus ideas y transmitir las”<sup>1138</sup>.

En esa convivencia la persona tiene sus propias percepciones, sentimientos, ideas, apreciaciones que no se quedan de manera necesaria en su interior, sino que existe la posibilidad de expresarlas exteriormente, transmitirla a los demás -esa es una de las características que diferencia a la especie humana, de otras especies-; ahora bien, estructurar esa relación de convivencia, que permita al hombre desarrollar su personalidad en libertad de expresar sus ideas y difundirlas, solo se logra con una base normativa adecuada, que debe estar asegurada y garantizada por los poderes públicos.

Las condiciones jurídicas necesarias -a través de una ley u otro instrumento normativo- para garantizar la libertad, debe estar dada por un Estado de Derecho, que se inició cuando: “las personas recuperaban su libertad y ésta les garantizaba frente a todos, también frente a los poderes públicos, no quedando ni esta ni otros derechos al arbitrio de los gobernantes sino al arbitrio de la ley”<sup>1139</sup>.

Es que el funcionamiento normal de la vida en sociedad está cargada de normatividad, que regula la conducta del ser humano y de los grupos sociales, en su relación y con los órganos del poder público, todos los que deben obedecer a las reglas de juego preestablecidas, claras, que tienden asegurar la paz social y el bienestar de la comunidad.

El derecho público se ha caracterizado por una permanente y sistemática lucha por la libertad, que se inició cuando frente a la arbitrariedad del Estado, empezó aparecer la idea de la limitación jurídica al poder del Estado y que prevalezca una ley justa, constituyendo el derecho en un: “instrumento regulador y garante de las libertades”<sup>1140</sup>.

---

<sup>1138</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso de Derecho de la Comunicación Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2005, p. 21.

<sup>1139</sup> Juan José Díaz Sánchez: *Razones de Estado y Derecho*. Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 14.

<sup>1140</sup> Luis Escobar de la Serna: *Derecho*, op. cit. p. 63.

La libertad de pensamiento, expresión y difusión, también han sido recogidas por diversos ordenamientos jurídicos internacionales, como parte de los derechos humanos, así como en la normatividad interna de un determinado Estado, sentándose las bases para la defensa de estos derechos, en un entramado jurídico muy amplio que algunas veces se caracteriza por su alta calidad y claridad en la regulación y otras adolece de faltas, excesos, incongruencias, etc..

Se manifestó que ese derecho -obviamente con base normativa- que tienen las personas de expresar libremente su pensamiento y difundir sus ideas: “puede contribuir a la creación de una verdad social y política útil para la racionalidad de la organización social, que favorezca a la humanidad”<sup>1141</sup>; por eso es necesario intentar que: “el poder, fundamentalmente entonces el poder político, no pueda neutralizar esa libertad, que esa libertad sea el límite del poder”<sup>1142</sup>.

En esa virtud se tiene que dentro de un sistema democrático, el derecho a la libertad de expresión e información se constituye en un instrumento decisivo para fiscalizar las acciones de gobierno o un: “mecanismo que permite controlar la actuación de los poderes públicos”<sup>1143</sup>; derechos que no pueden estar arbitrariamente lesionados por el Estado y que tampoco son absolutos, en la medida en que su límite es el que sea necesario para proteger otros derechos o para garantizar otros intereses que afecten a la colectividad.

#### **IV.3.2.2 *Noción y objeto de la libertad de expresión e información.*** ***Finalidad***

Para asumir una posición y poder definir el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como el derecho a la información, consagrados en el art. 13.1 de la CADH, es necesario realizar un análisis de ese contenido jurídico que, por una parte hace referencia a que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”, por otra se complementa la idea cuando (después de un punto seguido) señala que: “Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole ... sea

---

<sup>1141</sup> Gregorio Peces-Barba: “Ética, Poder y Derecho”. *Cuadernos y Debates*, N° 54, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 123.

<sup>1142</sup> *Ibidem*.

<sup>1143</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión*, op. cit. p. 69.

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, entendió que: “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>1144</sup>; es decir que este Tribunal Internacional, considera que el derecho a la libertad de expresión es amplio, en cuanto alcanza a la libertad de pensamiento -que se materializa en hablar y escribir- e incluye al derecho a la información - relacionado a cualquier medio que permita difundir ese pensamiento-.

También dicha Corte señaló que: “Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”<sup>1145</sup>; al darse una unión de estos tres campos: expresión, pensamiento e información, resultan ser indivisibles, o lo que es lo mismo, los derechos al pensamiento, a la expresión y a la información, serían inseparables o como uno solo.

A la hora de establecer el alcance del derecho a la expresión del pensamiento, con el derecho a la información, surgen posiciones encontradas, así unos, como la Corte IDH -en el razonamiento señalado-, consideran que el derecho a la libertad de expresión es más amplio y comprende al derecho a la información; en el mismo sentido de la doctrina desarrollada por Gonzales Ballesteros, en su obra “La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información”<sup>1146</sup>, donde vislumbra a la libertad de información, como una concreción de la libertad de expresión.

Sin embargo, la doctrina no es lineal, pues hay otros que consideran que el derecho a la información alberga la doctrina tradicional del derecho a la libertad de expresión, pues supone el derecho a informar, que no es sino la fórmula

---

<sup>1144</sup> Al referirse a la dimensión individual del derecho a la libertad de expresión, párrafo 31.

<sup>1145</sup> Ibidem.

<sup>1146</sup> Obra citada por Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades de Expresión e Información como garantía del Pluralismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 41.

moderna de aquella libertad y, segundo, el derecho a ser informado, está referido fundamentalmente al público, a la colectividad<sup>1147</sup>.

Sin el afán de entrar a una discusión de tipo doctrinal, si el derecho a la libertad de expresión, engloba al derecho a la información o viceversa, existe también una tercera tesis expresada por doctrinarios, como Antonio Noriega García, que señala que: “En el derecho comparado y en los textos supranacionales, también es posición más frecuente la que opone expresión a información como dos categorías distintas de derechos y libertades y no como género y subgénero”<sup>1148</sup>.

En la tercera tesis, relativa a los derechos de expresión e información como categorías distintas, se tiene que ambos tipos de derechos, tienen su propio contenido, que se diferencian en cuanto a su objeto y efectos; sin que esto implique que no cuenten con ciertos elementos comunes; en todo caso es necesario establecer una noción, el objeto y la finalidad de estos derechos.

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, como derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, en forma oral o escrita y por cualquier medio (procedimiento): “supone la facultad del individuo para exteriorizar su personalidad, su yo, difundiendo aquello que su libre albedrío le sugiere”<sup>1149</sup>, donde el bien jurídico protegido es la comunicación particular o pública de las ideas, juicios u opinión.

Asimismo, este derecho no se agota en una simple manifestación de lo pensado, sino que incluye además una difusión de esa manifestación, dando a conocer las propias ideas a los demás, por eso se dice que el objeto de este derecho está: “situado en el plano subjetivo, y se concreta en la expresión de los propios pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse (las creencias religiosas o no) y los juicios de valor”<sup>1150</sup>, vale decir que el objeto del derecho a la libertad de expresión, es básicamente la opinión.

Esto implica que el derecho a la libertad de expresión ocupe un lugar privilegiado dentro del sistema de derechos fundamentales, dado que su vulneración no solo implica efectos negativos para el individuo, sino que también

---

<sup>1147</sup> Remedios Sánchez Ferriz: *El Derecho a la Información*, Ed. Cosmos, Valencia 1974, p. 70.

<sup>1148</sup> Antonio García Noriega: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2009, p. 354

<sup>1149</sup> José Augusto de Vega Ruiz: *Libertad*, op. cit., p. 24.

<sup>1150</sup> Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades...*, op cit. p. 42.

provoca: “efectos negativos en la creación y mantenimiento de una institución esencial del sistema democrático: una opinión pública libre”<sup>1151</sup>.

Cuando se va más allá de la libertad de expresión y de la opinión pública libre, en doctrina y legislación comparada<sup>1152</sup>, se habla del derecho a la información, cuyo objeto se encuentra situado en un plano objetivo, que no es otro que el de los hechos, pues: “La información debe recaer, por tanto, en hechos o datos de la realidad”<sup>1153</sup>, es decir que la noticia o mejor dicho los hechos noticiables o los que puedan encerrar una trascendencia pública, se constituyen en el objeto del derecho a la información.

Tanto la libertad de expresión, como de información, vienen a ser una: “condición precisa y necesaria para el buen y normal funcionamiento de una sociedad democrática”<sup>1154</sup>, constituyéndose en derechos humanos, que dentro de los ordenamientos de cada país forman parte de los derechos fundamentales, esto es derechos subjetivos del ciudadano o del hombre, que demandan una acción positiva del Estado o de los poderes, que conlleva una prohibición al poder público de impedir o coartar el derecho que tiene todo individuo a su libre comunicación (en el ámbito de la expresión o de la información) con los otros.

La consecuencia inmediata a esta afirmación, nos lleva a la finalidad de las libertades de expresión e información que se concreta en: “que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos”<sup>1155</sup>, al efecto es necesario que el mismo se encuentre debidamente informado, de tal manera que: “pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”<sup>1156</sup>, solo así estos derechos humanos y fundamentales se convertirán en una garantía institucional del sistema democrático.

#### **IV.3.2.3 Dimensiones de la libertad de expresión e información**

El derecho a la libertad de expresión e información surge de la necesidad de organizar y normativizar, el ejercicio de ese derecho subjetivo del hombre, de

---

<sup>1151</sup> Rafael Bustos Gisbert: “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”. *La Europa de los Derechos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p.532

<sup>1152</sup> Art. 20.1.d) de la Constitución Española, que reconoce el derecho: “A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

<sup>1153</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso*, op. cit. p. 92.

<sup>1154</sup> José Augusto de Vega Ruiz: *Libertad*, op. cit. p. 24.

<sup>1155</sup> S.T.C. 159/1986, FJ 6°.

<sup>1156</sup> *Ibidem*

expresar sus ideas y recibir las de otros, buscar y recibir información, informar y estar informado, sin límites y por cualquier medio; ahora bien, al tratarse ese derecho de libertades de carácter público, no puede prescindirse del papel que juega el Estado, a quién le corresponde regular y limitar esos derechos, no solamente como un freno a posibles actuaciones arbitrarias del Estado, sino básicamente en miras a lograr la tutela o protección del mismo respecto a todos, solo así tendrá pleno desarrollo y eficacia en la práctica.

Las consideraciones anteriores llevan a la idea de que los derechos a la libertad de expresión e información se constituyen en parte sustantiva de la ciencia del derecho, en ese mérito alcanza a todo el conjunto de normas que regulan de manera especial las diferentes manifestaciones del hombre, que a través de la comunicación -sea en forma oral u escrita-, tienen una natural relación, individual o social.

En el contexto mundial, ese conjunto de normas ha ido evolucionando con el tiempo -como se relaciono-, pues con: “El proceso de internacionalización ve en sí mismo realizados ... procesos de positivación y de generalización”<sup>1157</sup>, lo que implica que los derechos humanos consagradas por esas normas internacionales, han sido asumidos y positivizados de manera general en las normas internas de cada Estado, encabezadas por la Constitución y demás leyes, positivación que se ha dado en su doble faceta o en una dual dimensión del derecho que protegen, por un lado la individual y por otro la social o colectiva.

Con relación a esta doble dimensión del derecho que protegen, la Corte IDH señaló: “cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas”<sup>1158</sup>, lo que implica que el derecho que protege es el derecho del individuo, pero no única y exclusivamente, sino de todos, de la colectividad; por eso continúa manifestando: “Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión ... por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada

---

<sup>1157</sup> Rafael de Asís: *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Ed.Dykinson, 2000, Madrid, p.24.

<sup>1158</sup> Párrafo 30, OC-5/85.



individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”<sup>1159</sup>.

Este razonamiento, respecto a cada una de las dimensiones ha sido ampliado, cuando se señaló que: “En su dimensión individual ... no se agota en el reconocimiento ... hablar o escribir ... comprende ... el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>1160</sup>; entonces este derecho abarca a todos los individuos, como sujetos activos y pasivos, lo que le da un carácter general e universal.

Con relación a la otra dimensión, se ha completado expresando que: “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos.”<sup>1161</sup>; que permite contribuir a la libre formación de una opinión pública plural, que es sobre la que se sustenta un Estado democrático, por tanto un Estado de Derecho<sup>1162</sup>. La dimensión social, a la que hace referencia la Corte IDH, en la doctrina es conocida como la dimensión institucional-objetiva, que es la función social de los derechos fundamentales, que: “trata de explicar el significado específico de los derechos fundamentales para la comunidad”<sup>1163</sup>.

Asimismo y con relación al derecho a la información, que se encuentra protegido por la libertad de pensamiento y expresión, garantizadas por el Estado en forma simultánea, la Corte IDH entiende que: “también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social”<sup>1164</sup>.

En consecuencia, se tiene que los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información tienen dos dimensiones, una de naturaleza individual o de la persona humana de hacer conocer a otros su propio pensamiento, por medio de cualquier tipo de manifestación; la otra de naturaleza social o de la

---

<sup>1159</sup> Ibidem.

<sup>1160</sup> Párrafo 31, OC-5/85.

<sup>1161</sup> Párrafo 32, OC-5/85

<sup>1162</sup> Las dimensiones individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión e información, en la forma como entendió la Corte, han sido reiteradas en numerosas, decisiones: tales: en Sentencia de 05 de febrero de 2001 en el caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile (Caso “La Última Tentación de Cristo”), párrafos 64-67; Sentencia de 02 de julio de 2004, emitida en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafos 107-111; Sentencia de 31 de agosto de 2004, en el Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párrafos 78-80; Sentencia de 19 de septiembre de 2006, en el Caso Claude Reyes y otros c. Chile, párrafo 77; entre otros.

<sup>1163</sup> Antonio Magdaleno Alegría. *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 77

<sup>1164</sup> Párrafo 77, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile de 2006.

colectividad, de recibir información y conocer lo que piensan otros por cualquier medio de comunicación.

La dimensión individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión, han sido asumidas por la Corte Constitucional de Colombia, que de manera expresa se refirió al razonamiento que al respecto realizaron la Corte IDH, además señalando que la libertad de expresión *stricto sensu* tiene una dimensión individual que: “consiste en la facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna”<sup>1165</sup>; por otra parte la libertad de expresión *stricto sensu* tiene una dimensión colectiva que: “consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa”<sup>1166</sup>, el entendimiento de esta última dimensión de la libertad, ha sido completada con el interés del receptor de un acto comunicativo, caracterizado como parte de la: “dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión”<sup>1167</sup>, derecho que obviamente tiene que ser garantizado en forma simultánea con la del individuo.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, señaló que las: “dimensiones de la libertad de información son ... el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado ... sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial”<sup>1168</sup>, en este punto se ha referido y remitido de manera general y no expresa, a la jurisprudencia que desarrollo la Corte IDH<sup>1169</sup>. En todo caso, con estas dimensiones desde el punto de vista de la persona como de la colectividad, se protege el proceso de formación de la opinión pública y todo el proceso de información (búsqueda, selección, etc.).

En similar sentido, el Tribunal Constitucional de Bolivia, remitiéndose al Caso de la Colegiación Obligatoria (OC-5/85) que al desarrollar sobre las dimensiones del derecho, señaló que por: “la dimensión individual, nadie puede ser arbitrariamente impedido de manifestar su pensamiento, comprendiendo

---

<sup>1165</sup> Punto IV.1.2., Sentencia T-391/07

<sup>1166</sup> Punto IV.1.4., Sentencia T-391/07

<sup>1167</sup> Punto 2.1.2.2., Sentencia T-391/07

<sup>1168</sup> Punto 11, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC

<sup>1169</sup> Punto 12, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC

además, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundirlo; en la social, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”<sup>1170</sup>.

### **IV.3.3 Sociedad democrática: libertad de expresión (libertad de opinión) y libertad de información en medios de comunicación social (libertad de prensa)**

No todo Estado puede considerarse como uno de derecho, pues la existencia de normatividad jurídica, no garantiza *per se*, que un determinado sistema se someta a la Constitución y respete el orden legal; es que solo puede hablarse de un verdadero Estado de Derecho, cuando el mismo (el Estado) se encuentra sujeto y sometido al derecho.

Un Estado de Derecho, resulta ser el pilar más importante y fundamental que sostiene la estructura de un sistema político democrático, siendo por ello necesario comprender qué es democracia?; son innumerables las definiciones que se han dado del término, pues como señala Giovanni Sartori, se la usa en un número sorprende de sentidos, por eso la definición de la misma: “depende de la idea que tenemos sobre lo que es democracia, lo que puede ser y lo que debería ser”, pues: “cuando afirmamos que un sistema político es más o menos democrático que otro, nuestra evaluación depende de lo que consideramos democracia”<sup>1171</sup>, pero al margen de una definición, como entiende el mismo autor, la democracia es como una máquina que permite al hombre ser libre y no estar sometido a la voluntad arbitraria y tiránica de otros hombres<sup>1172</sup>.

Doctrinalmente se ha definido a la democracia como una: “Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno”<sup>1173</sup>; también se entendió a la democracia como una institución política que: “garantiza a sus ciudadanos una

---

<sup>1170</sup> Punto III.2, SC 0188/2006-R, 1491/2010-R.

<sup>1171</sup> Giovanni Sartori: *Teoría de la Democracia. El debate contemporáneo*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1998. p. 32

<sup>1172</sup> Giovanni Sartori: *La democracia en 3 lecciones*. Ed. Taurus, Santillana S.L, Madrid, 2009, pp. 143-144

<sup>1173</sup> Como se señala en el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española.

cantidad de derechos fundamentales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar”<sup>1174</sup>.

Solo en un Estado de Derecho, existe: “un régimen democrático donde las relaciones de mera fuerza ... se transforman en relaciones de derecho, o bien en relaciones reguladas por normas generales, seguras y constantes y, lo más importante, preestablecidas”<sup>1175</sup>; Estado de derecho que no puede quedarse con el rótulo del nombre, sino que de manera necesaria debe hacer efectivo el régimen democrático, pues no basta prometer, reconocer y consagrar derechos democráticos en su ordenamiento jurídico (ley u otros textos escritos), sino que de manera necesaria los derechos deben hacerse efectivos y estar a disposición de todos los ciudadanos, pues si no lo están, el sistema político no es democrático.

En la construcción de la historia de la democracia, merece especial atención la democracia liberal ha ido desarrollado instituciones de la libertad como: el sufragio universal, el equilibrio de poderes, el pluralismo de los partidos, el autogobierno, la supremacía de la ley; instituciones jurídico políticas que mantienen hasta la actualidad y que en lo teórico tienen por objetivo garantizar el gobierno de la mayoría frente a las minorías; aunque en la práctica, no pocas veces se ha visto que minorías gobernantes, han desconocido y violado derechos de las mayorías a las que representan.

En ese escenario, es necesario determinar la manera de gobernar -con distribución de funciones, sin concentración, con participación de todos, sin violación de derechos- y quién debe mandar; constituyéndose ese el límite entre liberalismo<sup>1176</sup> y democracia; que según García Pelayo: “el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado y la democracia responde a la cuestión de quién la ejerce”<sup>1177</sup>.

En sociedades contemporáneas, la democracia moderna va camino a una democracia pluralista y de participación donde los gobernantes establezcan las condiciones necesarias que permitan a todos los ciudadanos la inserción e integración con el proceso político, pues caso contrario se produce monopolio del poder frente a la marginación de los gobernados; esa es la razón por la que: “la

---

<sup>1174</sup> Ribet Dahl: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 59

<sup>1175</sup> Norberto Bobbio: *Las Ideologías y el poder en crisis*. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1988, p. 83.

<sup>1176</sup> Que se expresa en libertad de pensamiento y expresión, entre otros.

<sup>1177</sup> Que ha sido señalado por Juan Ferrando Badía: *Democracia frente a la autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Ed. Tecnos S.A., 1989, p. 95.

concepción moderna de ciudadanía, suplantando a la liberal, está haciendo hincapié más que en las libertades de la resistencia (*status negativo*), en la participación del hombre en sociedad (*status positivo*)<sup>1178</sup>.

Esa democracia pluralista y de participación: “no significa el poder del pueblo”, sino que: “significa que la lógica que desciende del Estado hacia el sistema político primero, y luego hacia la sociedad civil es sustituida por la lógica que va de abajo arriba, de la sociedad civil hacia el sistema político y de ahí hacia el Estado”<sup>1179</sup>, lógica que ayuda a encontrar un equilibrio entre la sociedad civil y el Estado, pues de esa manera los ciudadanos tampoco le priva su autonomía al Estado ni al sistema político.

Esta nueva concepción de la democracia, propugna que el hombre y ciudadano en libertad, participe de manera intensiva en todos los campos de la sociedad, sea en un nivel económico, cultural, social, político, etc., es decir que los gobernados en libertad, de manera progresiva se vayan insertando en las relaciones de poder, pues sin libertad ni participación, ya no se puede hablar de democracia; a su vez.

Todo lo que se pueda hablar sobre la libertad de pensamiento, de expresión y de información, se da dentro de sociedades con democracia pluralista o de participación, pues es allí donde estos derechos se van consagrando y consolidando, formando parte de los derechos fundamentales y estableciéndose a su favor garantías en caso de vulneración o violación.

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, se ignora en las sociedades no democráticas, en cuanto: “los poderes autoritarios o totalitarios saben que su permanencia está, en parte, vinculada al control y al dirigismo de opinión y expresión”<sup>1180</sup>; a la inversa, en: “las sociedades democráticas forma parte de la cultura política, y está suficientemente garantizada la libertad de opinión y expresión”<sup>1181</sup>.

En este nuevo escenario de la democracia y su relación con la libertad al pensamiento y expresión, la Corte IDH entendió que: “El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales

---

<sup>1178</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>1179</sup> Alain Touraine: *¿Qué es la democracia?*, Ed. T.H. S.A., Madrid, 1994, p. 95

<sup>1180</sup> Gregorio Peces-Barba: “Ética ... op. cit., p. 123.

<sup>1181</sup> Ibidem.

y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”<sup>1182</sup>, constituyéndose: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”<sup>1183</sup>; es el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y de la opinión pública, como piedra angular o pilar esencial de un sistema democrático, en aras a desterrar un mal que ha acompañado a lo largo de la historia a los diferentes Estados, que es la tendencia casi natural de controlar o frenar la libertad de pensamiento y expresión.

En la Opinión Consultiva indicada de 1985, sin señalarlo de manera expresa, se reconoció la interpretación que en anterior oportunidad, sobre el tema ya dio el Tribunal Europeo, los años de 1976, 1979, 1985, entre otros, cuando manifestó que: “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo”<sup>1184</sup>; en esa línea se deja sentada la importancia que tiene para la sociedad democrática actual, la libertad de expresión.

Contrastando la posición que asumen los tribunales internacionales de América y de Europa, con relación al derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática, la Corte IDH en 2004 llega a una trascendental conclusión, cuando señala:

“Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>1185</sup>.

---

<sup>1182</sup> Párrafo 87, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1183</sup> OC-5/85, párrafo 70. Este razonamiento, de manera textual, ha sido asumido por la Corte Constitucional de Colombia, cuando se refirió al mismo, haciendo mención que se trataba de una expresión de la Corte Interamericana, aunque lamentablemente no precisó la fuente, que no es otra que el párrafo de la OC señalada; así se expresó en el punto 1.2.4., Sentencia T-391/07

<sup>1184</sup> Ha sido el año 2004, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 113, que se hizo mención a la referida OC-5/85 (párrafo 70), complementando su razonamiento, con la mención de lo dicho por Sentencias de la Corte Europea en la parte transcrita, tal en el Caso Barthold Vs. Alemania, Sentencia de 25 de marzo de 1985, párr. 58; Caso de The Sunday Times Vs. Reino Unido, Sentencia de 29 de abril de 1979, párr. 65; y Caso Handyside Vs. Reino Unido, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

<sup>1185</sup> Párrafo 115, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de 2004.

Cuando un Estado denominado de Derecho, no solo cuenta con un ordenamiento jurídico, sino que primordialmente lo respeta, se puede afirmar que vive en democracia; la libertad de pensamiento y de expresión se constituyen en un importante límite al poder, siendo el más avasallador el poder político, que siempre debe estar sujeto a los derechos fundamentales, que no pueden ser contrariados con su actuación y organización.

Ese es en el fondo el reconocimiento que realizó la Corte Europea, como la Corte IDH, en una simbiosis de ideas que tienen por misión proteger un derecho fundamental de las personas, que es expresar libremente su pensamiento, que pueda contribuir al desarrollo y avance de la sociedad; transitándose por un camino que busca lograr la construcción de un derecho americano y un derecho universal de los derechos humanos, dentro de un Estado de Derecho, en una sociedad democrática.

Por esa tendencia, casi natural de todos los Estados de desconocer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión como una manera de controlar el poder, surge: “la idea democrática” que tiene: “una importancia central que es de la limitación de Estado, que debe respetar los derechos humanos fundamentales”<sup>1186</sup>; de esta manera los distintos Estados de la región andina, también han asimilado la jurisprudencia que ha trabajado la Corte IDH, como el Tribunal Europeo, produciéndose lo que se viene denominando la recepción de la jurisprudencia.

La Corte Constitucional Colombiana señaló que la libertad de expresión ocupa una: “posición prevalente en nuestro ordenamiento constitucional es su importancia para un funcionamiento adecuado de la democracia constitucional, en la medida en que constituye una garantía para la existencia de una opinión pública libre”<sup>1187</sup>, es pues esa opinión libre un: “presupuesto estructural del Estado de derecho y de la participación democrática, puesto que permite controlar los abusos de los gobernantes y posibilita la deliberación ciudadana sobre los asuntos colectivos”<sup>1188</sup>.

En otras oportunidades manifestó que: “La libertad de expresión es un derecho básico y central para el modelo de sociedad sobre la cual se construye

---

<sup>1186</sup> Alain Touraine: *¿Qué es ...*, op. cit. p. 83.

<sup>1187</sup> Punto 29, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1188</sup> Ibidem

una democracia constitucional ... elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia.”<sup>1189</sup>, además: “la libertad de expresión, que es muy amplia en todos sus aspectos ... clave para lograr una democracia más participativa e incluyente”<sup>1190</sup>; en esa diversidad la Corte Constitucional de Colombia, considera que la libertad de expresión: es un presupuesto: “necesario de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas”<sup>1191</sup>; se constituye en: “la condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad”, en un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento”<sup>1192</sup>; tiene por función: “dentro de los regímenes democráticos ... buscar la verdad y desarrollar el conocimiento”<sup>1193</sup> y; se justifica porque: “facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación”<sup>1194</sup>.

Refiriéndose de manera concreta a la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH, en su interpretación del artículo 13 de la Convención Interamericana, como por la Corte Constitucional Colombiana en su interpretación del artículo 20 superior, completa el razonamiento cuando hizo referencia al: “papel clave de la libertad de expresión en el buen desempeño de una democracia pluralista, respetuosa de los derechos humanos e incluyente”<sup>1195</sup>.

En el mismo sentido se expresó el Tribunal Constitucional del Perú, cuando refiriéndose de manera expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH, que señala que la libertad de expresión constituye una piedra angular de la democracia y remitiéndose a estudios doctrinarios, manifestó que las libertades de expresión e información: “tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia”<sup>1196</sup>.

La libertad de expresión garantiza la existencia de una opinión pública, libre y plural, en cuanto la misma (libertad de expresión): “nace indisociablemente unida a las libertades de conciencia o de opinión pues para su real efectividad es condición *sine quo non* de opiniones, ideas, pensamientos, o informaciones

---

<sup>1189</sup> Punto 17, Sentencia T-213/2004

<sup>1190</sup> Punto 4.1.6., Sentencia T-679/05

<sup>1191</sup> Punto 1.2.2., Sentencia T-391/07

<sup>1192</sup> *Ibidem*

<sup>1193</sup> Punto 1.2.3., Sentencia T-391/07

<sup>1194</sup> Punto 1.2.4., Sentencia T-391/07

<sup>1195</sup> Punto 4.1.8., Sentencia T-679/05

<sup>1196</sup> Punto 13, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC



puedan ser exteriorizados”<sup>1197</sup>, como sostiene Alexandre Català i Bas. Ahora bien, esa libertad de opinión no tendría razón de ser si es que el Estado no garantizaría la libertad de información en medios de comunicación o libertad de prensa; ambas libertades (de expresión-opinión pública y de información-prensa) forman parte de la base esencial de toda sociedad democrática.

La opinión pública implica la existencia de: “opiniones en el público, (que) tienen que ser también opiniones del público, opiniones que en alguna forma o medida el público se forma por sí solo”<sup>1198</sup>; consiguientemente la opinión pública se constituye en una exigencia imprescindible en un Estado de Derecho democrático, donde los ciudadanos en libertad podrán exteriorizar sin temor sus criterios personales, con relación aquellos asuntos particulares e inclusive los de relevancia e interés público.

Es que solo en democracia: “una opinión pública libre ... es posible si se respetan los derechos de comunicación social, no solo en el ámbito de lo político, sino también de los restantes ámbitos de la comunicación de ideas, sean éstas de carácter artístico, científico, educativo, filosófico, moral, promocional o de cualquier otra naturaleza”<sup>1199</sup>, o lo que es lo mismo: “Una opinión pública libre sólo puede generarse a partir de un reconocimiento amplio de esta libertad, *condictio sine quo non* del pluralismo. Ello exige la posibilidad de que cualquier persona pueda expresarse libremente, pueda opinar e informar sin obstáculos sobre cualquier cuestión de interés general<sup>1200</sup>, es decir que la opinión pública se constituye en una institución política fundamental, unida al pluralismo.

La Corte IDH, en la OC-5/85 se refiere a la opinión -objeto de la libertad de expresión- señaló que es una: “*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada; por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”<sup>1201</sup>, así como no es libre una

---

<sup>1197</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit. p. 75.

<sup>1198</sup> Giovanni Sartori. *La democracia ...* op. cit., p. 31

<sup>1199</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso*, op. cit. p. 23.

<sup>1200</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit. p. 65.

<sup>1201</sup> Párrafo 70; en igual sentido que lo manifestado en la Sentencia emitida en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 112.

sociedad sin democracia. Así han reconocido tribunales estatales de Perú<sup>1202</sup>, Bolivia<sup>1203</sup> y Colombia<sup>1204</sup>, los primeros con reconocimientos expresos y específicos, el último de manera implícita.

Estrechamente relacionado al derecho a la libertad de expresión, está la libertad de información, que puede ser activa cuando un comunicador difunde a través de los medios, hechos y sucesos noticiables; a su vez la libertad de información es pasiva cuando las personas son receptoras de la información que reciben de aquellos y sobre esa base van construyendo sus opiniones y apreciaciones sobre los hechos informados que los hacen conocer a través de comunicaciones directas o por los medios de comunicación. En todo caso, ambos tipos de libertad juegan un rol esencial, como garantía institucional al principio democrático, que sustenta el Estado de derecho; pues como se manifestó, solo una sociedad informada es plenamente libre.

De manera particular, el derecho a la información de la prensa por los medios de difusión: “garantiza una conformación plural de la opinión pública en un Estado democrático”<sup>1205</sup>, puesto que los medios de difusión con su actividad cooperan a la formación de la opinión pública, por eso se dice que uno de sus: “fines principales es informar al ciudadano de la actividad más relevante de la Administración Pública”<sup>1206</sup>.

Este derecho no puede ser entendido como uno de naturaleza estrictamente liberal, en el sentido de la exigencia a los órganos del Estado de conductas negativas o de abstención para disfrutarlo; al contrario exige conductas positivas del Estado, que está obligado a proporcionar las condiciones adecuadas para el ejercicio y disfrute de este derecho a la libertad de información, por ejemplo ayudas económicas que alivian costos de producción de la información; que no puede ser limitada ni restringido por ser un medio de garantía al Estado democrático, salvo los casos que justifiquen su restricción.

Sin embargo de lo manifestado, no puede dejarse de comentar que en estos tiempos, la doctrina de las prestaciones positivas del Estado también va perdiendo relevancia, puesto que: “ha quedado desbordada actualmente por la

---

<sup>1202</sup> Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 13.

<sup>1203</sup> SC 0215/2001-R, FJ III.3.

<sup>1204</sup> Sentencia 679/05, punto 4.1.

<sup>1205</sup> Ricardo García Macho: *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, p. 149.

<sup>1206</sup> Ricardo García Macho: *Secreto profesional ... op. cit.* p, 150.

posibilidad de creación de medios de comunicación de gran difusión sin apenas necesidad de capital (internet, televisión local); pero estas mismas facilidades imponen nuevas formas de respuesta jurídica<sup>1207</sup>, que deberá darla el Estado a través de la creación de la normativa necesaria y de las condiciones adecuadas de su aplicación, para evitar abusos que se cometan en el ejercicio del derecho a la información y de los medios de comunicación social.

#### **IV.3.3.1. Libertad de información activa por medios de prensa. Periodistas y colegiación**

La libertad de pensamiento y expresión, base de un sistema democrático, en su dimensión social, permite la transmisión de las ideas producto de la inteligencia humana, tratando de comunicar a otros los puntos de vista que se tiene con relación a una determinada situación, lo que a su vez conlleva el reconocer el derecho de todos y de la colectividad, a saber las diferentes opiniones, a través de los medios de comunicación social.

Dentro de la sociedad moderna, los medios de comunicación social, juegan un rol trascendental en la misión de transmitir a todos la información, por esa delicada función es necesario que la prensa posea: “siempre un grado considerable de independencia y autonomía de las funciones del Estado, para que ésta no se vea corrompida”<sup>1208</sup>, ya que a través de la misma los hombres expresan de manera libre sus pensamientos y sus ideas, siendo necesario que los medios de comunicación transmitan esos criterios de la forma más fidedigna posible, solo así es posible construir un diálogo que permita la existencia de un Estado que responda a los criterios e intereses de todos, haciéndose vivo el concepto de democracia.

Al respecto, la Corte IDH, reconoció que: “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática .... Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que

---

<sup>1207</sup> Antonio García Noriega: *Límites ... op. cit.*, p. 358

<sup>1208</sup> Andrés Martínez Moscoso: *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información*. Ed. Berufsakademie, Formación Dual Universitaria, Cuenca-Ecuador, 2009, p. 122

desarrollan”<sup>1209</sup>; en el mismo sentido define la doctrina a los medios de comunicación, cuando dice que son: “el instrumento social institucionalizado para posibilitar la exposición y el debate público de ideas, la contrastación de la gestión pública y la creación de una opinión pública en torno a las cuestiones que interesan al ciudadano”<sup>1210</sup>.

En ese mismo contexto, el TEDH expresó que la prensa juega un papel eminente en un Estado de derecho, porque a la misma le corresponde publicar información sobre cuestiones que se discuten en sectores de interés público<sup>1211</sup>; es decir que los medios de comunicación en una sociedad democrática de un Estado de Derecho, juegan un rol importante al convertirse en vehículos a través de los cuales se exponen cuestiones que interesan a todos.

Estos razonamientos que han sido analizados por los Tribunales internacionales señalados, han sido también considerados -aunque sin reconocerlo de manera expresa- por la Corte Constitucional de Colombia, cuando expresó que: “la libertad de información y de prensa ... son clave para lograr una democracia más participativa e incluyente”<sup>1212</sup>.

Asimismo el Tribunal Constitucional de Bolivia, expresamente asumió el razonamiento de la Corte IDH en el tema de medios de comunicación, cuando refiriéndose a la OC-5/85 señaló que: “a través de los medios de comunicación que la sociedad ejerce su derecho a la libertad de expresión -y por ende, se entiende, su derecho a la libertad de información”<sup>1213</sup>.

Otros temas vinculados a los medios de comunicación, como es la no discriminación (igualdad) y el no monopolio (pluralidad de medios), han sido analizados por la Corte IDH, que con relación al primero de esos temas entendió que: “en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no

---

<sup>1209</sup> Párrafo 117, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, de 2004.

<sup>1210</sup> *Ibidem*.

<sup>1211</sup> Caso Prager y Oberschlick, Sentencia de 26 de abril de 1995, 34; Caso Lingens, Sentencia de 08 de julio de 1986, 41

<sup>1212</sup> Punto 4.1.6., Sentencia T-679/05

<sup>1213</sup> Punto III.3.c) de fundamentos jurídicos, SC 0215/2011-R de 11 de marzo

vehículos para restringirla”<sup>1214</sup>; sentando el valor superior de la igualdad en un sentido positivo, o la no discriminación desde una perspectiva negativa, como valor de todo ordenamiento jurídico internacional o nacional, que se extiende de manera natural al ámbito comunicativo, que alcanza a todos los ciudadanos sin distinción de ninguna clase, como titulares del derecho universal a la libertad de expresión.

Con referencia a la inexistencia de monopolios o pluralidad de medios, la Corte IDH expresó, que: “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión ... es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”<sup>1215</sup>; la diversidad de medios de comunicación, impone la necesidad de que se den medidas para asegurar que esa diversidad se mantenga con posterioridad, cuando entren en juego las fuerzas del mercado en diversos sectores de la comunicación, negando y rechazando cualquier forma de concentración o monopolio, que no haría otra cosa que limitar el derecho a la libertad de expresión, coartando la independencia y la libertad, con la que siempre deben actuar los profesionales de la información, los periodistas.

El profesional de la comunicación social o más comúnmente denominado como “periodista”, se constituye en una pieza clave en los procesos comunicativos, porque a él le corresponde difundir todo tipo de pensamiento a través de los medios de comunicación social; la Corte IDH, partiendo de la dimensión individual de la libertad de expresión, señaló que: “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho ... sino que comprende ... el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento ... De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al *status* de quienes se dediquen profesionalmente a ella”<sup>1216</sup>, sin duda: “La ausencia de un reconocimiento jurídico pleno de las profesiones de la comunicación social resta autonomía al profesional en su trabajo”<sup>1217</sup>.

---

<sup>1214</sup> Párrafo 34, OC-5/85.

<sup>1215</sup> *Ibidem*.

<sup>1216</sup> *Ibidem*.

<sup>1217</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso*, op. cit. p. 217.

Los periodistas, como profesionales de la información asumen la responsabilidad de difundir cualquier expresión del pensamiento humano, sea de naturaleza cultural, científica, publicitaria, política, etc., cumpliendo con un objetivo fundamental en toda sociedad democrática, que es lograr la materialización del derecho a la información de todos los ciudadanos, de estar bien informados para contribuir en principio al desarrollo de su personalidad y en definitiva, para contribuir al desarrollo de la sociedad en general.

La Corte IDH, realizó una apreciación cabal del ejercicio del periodismo y del periodista, cuando expresó por una parte que “el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad”<sup>1218</sup>; por otra parte este criterio ha sido complementado cuando han señalado que: “los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”<sup>1219</sup>.

A nivel mundial y en el transcurso de su carrera, los periodistas se han visto frente a ciertos problemas, como consecuencia de los límites a la libertad de expresión e información, que no son incuestionables, sino que resultan luego de una ponderación de derechos que realiza un operador jurídico; en esa medida son innumerables las reuniones que tuvieron donde han: “hablado de los lineamientos básicos que deben conducirlos al momento de realizar su trabajo, para no sobrepasar las garantías y libertades”<sup>1220</sup>, creándose: “organismos de autocontrol conformado por editores, periodistas y agentes de la sociedad civil, previo el consentimiento de los medios de comunicación”<sup>1221</sup>, que tienen como finalidad analizar y emitir recomendaciones, que contribuyan al desenvolvimiento de los

---

<sup>1218</sup> OC-5/85, párrafo 71; este criterio ha sido reiterado in extenso en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 118.

<sup>1219</sup> Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 118

<sup>1220</sup> Andrés Martínez Moscoso: *La libertad...*, op. cit. p. 173

<sup>1221</sup> Ibidem supra, p. 175; entre estos organismos de autocontrol, está por ejemplo el creado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a propuesta del Profesor Manuel Nuñez Encabo, aprobado por dicho Consejo

medios de comunicación y de los profesionales de la información, como garantes de la libertad de expresión y democracia.

En consecuencia, esos organismos de autocontrol o auto reguladores, están conformados no solo por periodistas, sino también por otros interesados como editores, sociedad civil, etc, composición y actividad amplia, a diferencia de los Colegios de Periodistas, que se constituyen en instituciones de carácter asociativo (con base normativa o no), solo conformado por periodistas que tienen cierto poder derivado de la representación que ostentan del colectivo profesional al que pertenecen.

En los Colegios de Periodistas suele también ser común, que se regule el acceso a la profesión limitándose a aquellas personas que tienen título profesional expedido por una determinada Universidad, produciéndose lo que se conoce como la colegiación obligatoria del periodista, que es un tema que ha motivado el razonamiento de la OC-5/85 -que tantas veces se ha referido-<sup>1222</sup>.

Con relación a ese tipo de colegiación profesional, la Corte IDH manifestó que: “el periodismo no puede concebirse ... como la prestación de un servicio al público ... por quienes (de manera necesaria) están inscritos en un determinado colegio profesional”<sup>1223</sup>, continúa señalando que: “la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano (libertad de expresión), lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta”<sup>1224</sup>.

La Corte IDH cuando se refiere a las demás profesiones no hace una distinción de actividades públicas o privadas, solo hace mención expresa al periodismo y niega la posibilidad de colegiación obligatoria, por el servicio público que se presta, lo que en realidad implica una limitación o restricción al derecho a la asociación en la profesión de los periodistas.

---

<sup>1222</sup> Los antecedentes fácticos que motivaron la opinión consultiva señalada, parte de una solicitud de interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969 y Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, con las disposiciones de los mencionados artículos de la Convención Americana.

<sup>1223</sup> OC-5/85, párrafo 71.

<sup>1224</sup> OC-5/85, párrafo 76.

Esta solución que ha dado la Corte IDH, dista de la dada por el TEDH que entiende que la colegiación obligatoria en materias profesionales privadas, violan la libertad de asociación<sup>1225</sup>; fijar la diferencia de lo pueda entenderse como colegiación profesional o asociación y los límites que podrían darse en casos públicos o privados, exceden al objeto de este trabajo; en todo caso se coincide con la posición de Felipe Gonzales Morales, cuando al referirse a la OC-5/85 relativa a la Colegiación Obligatoria, deja registrando la importancia de esta decisión, pues a través de la misma: “lo que hace la Corte es echar las bases del tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano”<sup>1226</sup>.

No existe un argumento lo suficientemente sustentable que justifique una colegiación obligatoria, probablemente sea que una asociación de periodistas, como una institución encargada de controlar la profesión que los aglutina, a través de un registro busque evitar abusos, que podría cometerse en contra del ejercicio de la profesión misma y en menoscabo de la opinión pública, libre y plural; pero esa ni ninguna otra razón como la “dignificación colegial y reivindicación de la actividad”, justifican una colegiación obligatoria, la última posición que ha sido duramente criticada por Tolivar Alas cuando manifestó que un “exacerbado corporativismo que tiende a subyugar la libertad de oficio o de profesión”<sup>1227</sup>.

Si se considera que la actividad periodística supone el ejercicio de un derecho connatural al ser humano, que es el de la libertad de pensamiento y expresión, la colegiación obligatoria restringe el ejercicio ese derecho, que no puede ser mellado por cuestiones formales y administrativas, como es un registro; es que el periodismo es una prestación de un servicio público en resguardo de los intereses de la colectividad y de protección de la libertad de pensamiento, expresión e información.

Por lo manifestado, no corresponde sino resaltar la posición que al respecto asumió la Corte IDH en la OC-05/85, que con lógica jurídica, apoyó a las voces que clamaban la desaparición de esos requisitos formales; sin que eso signifique que desaparezca la carrera de periodismo, pero sí que deje de tener

---

<sup>1225</sup> Tribunal Europeo, decisión de 23 de junio de 1981

<sup>1226</sup> Felipe Gonzales Morales. “La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Tendencias Jurisprudenciales ...*, op. cit., p. 232

<sup>1227</sup> Tolivar Alas: “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”. *Revista E.D.A.*, núm 62, abril-junio 1989, p. 209.



vigencia esas restricciones de tipo administrativo al ejercicio de la actividad periodística.

El Tribunal Constitucional de Bolivia en la SC N° 0112/2004 de 11 de octubre, de manera expresa asumió el razonamiento que realizó que realizó la Corte IDH en la OC-5/85 relativa a la colegiación obligatoria, cuando señaló que: “razones de orden público ... son válidas para justificar la colegiación obligatoria de determinadas profesionales, como la medicina, la abogacía, y podríamos decir la ingeniería, no pueden invocarse en el caso del periodismo, por ejemplo, pues limita de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de la libertad de expresión”<sup>1228</sup>; en ese sentido entiende que la colegiación obligatoria de profesionales ingenieros sirve para evitar que personas que no cumplan los requisitos de idoneidad y preparación ejerzan esa profesión en desmedro de la comunidad y en general de la sociedad, sin embargo tratándose de periodistas no se puede invocar esa colegiación en protección del derecho a la libertad de expresión.

#### **IV.3.3.2 Tolerancia y libertad de información (medios de comunicación social)**

Un tema importante es el relativo al derecho a la libre expresión e información, con relación a la tolerancia y los medios de comunicación social.

En cuestiones que interesan a todos: “Resulta difícil encontrar asuntos de calado social en los que ciudadanos de más distintas ideologías y sensibilidades políticas sean capaces de conformar un consenso sólido y sin fisuras”<sup>1229</sup>, en esa situación problemática juega un papel trascendental el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, como el derecho a la difusión y en la libertad activa del ejercicio de ésta última, a través de los profesionales de información, quienes deben actuar con absoluta independencia e imparcialidad, pues a ellos les corresponde dar cuenta: “de todo lo que de interés público acontece en la sociedad pero que no han de ... convertirse en difusores de los mensajes de los

---

<sup>1228</sup> Punto III.3. de fundamentos jurídicos, mención que la realizó al referirse al derecho a una libre asociación, en el caso de los profesionales ingenieros.

<sup>1229</sup> Juan María Martínez Otero: “Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 66, 2009, p. 59.

intolerantes”<sup>1230</sup>, en asuntos diversos, controvertidos y de mucha sensibilidad social.

Respecto a esa discusión de esos asuntos de interés general, que provocan malestar e intolerancia, la Corte IDH señaló que en: “debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”<sup>1231</sup>.

Este es un razonamiento ha sido asumido, sin así decirlo, del Tribunal Europeo<sup>1232</sup>; esta misma idea ya fue expresada por la Corte IDH en reiteradas oportunidades, en las que sí se remitió expresamente a la Sentencia del Tribunal Europeo, como: en el Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile de 2001<sup>1233</sup>; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de 2004<sup>1234</sup>.

Con relación a la recepción de la Jurisprudencia de la Corte IDH, en el tema referido a la libertad de expresión e información, con relación al interés general y la tolerancia de todos; la Corte Constitucional de Colombia hizo referencia de manera expresa a lo manifestado por el Tribunal Europeo, cuando señaló que la libertad de expresión: “comprende no solo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente,

<sup>1230</sup> Alexandre H. Català i Bas: *La (in)tolerancia ...*, op. cit., p. 28

<sup>1231</sup> Párrafo 88, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1232</sup> Muchas Sentencias se han referido a este tema, tales: Dichand and others v. Austria, February 2002; Lehideux and Isorni v. France, 23 September, 1998; Otto-Preminger-Institut v. Austria, 20 September, 1994, entre otras.

<sup>1233</sup> Párrafo 69, Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, en el que se hace cita textual de: “cfr. Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 49; Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrs. 59 y 65; Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. 55; Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41; Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, párr. 33; y Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, párr. 49.”

<sup>1234</sup> Párrafo 113, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica; también se realiza una amplia cita: “Eur. Court H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgement of 13 February, 2004, para. 29; Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy, Judgment of 6 May, 2003, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, Judgment of 26 February, 2002, para. 37; Eur. Court. H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of 23 September, 1998, para. 55; Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, para. 49; Eur. Court H.R. Case of Castells v Spain, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, para. 42; Eur. Court H.R. Case of Oberschlick v. Austria, Judgment of 25 April, 1991, para. 57; Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland, Judgment of 24 May, 1988, Series A no. 133, para. 33; Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 41; Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March, 1985, Series A no. 90, para. 58; Eur. Court H.R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 29 March, 1979, Series A no. 30, para. 65; y Eur. Court H.R., Case of Handyside v. United Kingdom, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, para. 49.”

sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática”<sup>1235</sup>; ese razonamiento también fue asumido de manera directa por la Corte IDH; interés general de la expresión e información, que implica el respeto por todos de esos derechos, partiendo del concepto de tolerancia, que en su sentido fuerte supone el: “respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás que nosotros no compartimos”<sup>1236</sup>.

Sobre la base de esos razonamientos, la Corte Constitucional de Colombia, sin decirlo de manera expresa, asumió los criterios del Tribunal Europeo, como de la Corte IDH, cuando en 1996 (al igual que el 2001) manifestó que: “la sociedad tiene la carga de soportar opiniones que causen molestia o afecten el amor propio de las personas”<sup>1237</sup>, pues el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, representan garantías a la democracia, que aseguran la existencia de una opinión pública libre, vinculada al pluralismo político; asimismo el año 2000 se señaló que la protección de la libertad de expresión comprende no sólo las informaciones u opiniones inofensivas o indiferente sino también las que no son acogidos por las mayorías sociales, pues sin: “El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura ... no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegida”<sup>1238</sup>.

El 2007 se expresó que la libertad constitucional: “protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias”<sup>1239</sup>; también esa misma Sentencia al referirse a la protección constitucional tanto de las expresiones socialmente aceptadas como de las socialmente diversas dijo que: “la libertad de expresión *stricto sensu*

---

<sup>1235</sup> Punto III.9, Sentencia C-010/00. La Corte Constitucional de Colombia, cita el Caso Handyside del Tribunal Europeo, pero de manera impecable, en su pie de página N° 8, cuando señaló que esa parte se extractó del indicado caso, contenido en la Sentencia de 7 de diciembre de 1976. Parr 49, criterio reiterado en muchos otros fallos. Ver por ejemplo Caso Lingens del 8 de julio de 1986, Parr 4. Asimismo en el mismo sentido que se emitieron las otras Sentencias ya expresadas en este trabajo, por el Tribunal Europeo

<sup>1236</sup> Alexandre H. Català i Bas: *La (in)tolerancia ...*, op. cit. p. 56.

<sup>1237</sup> Tal lo expresado en Sentencia T-1319, Sentencia T-028 de 1996, entre otras.

<sup>1238</sup> Punto 9, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1239</sup> Punto 6.2., Sentencia T-391/07

protege tanto el contenido de la expresión como su tono; según ha explicado la jurisprudencia internacional en la materia ... Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reiterado ... que la libertad de expresión protege ... ideas e información ... que ofenden, causan impacto”<sup>1240</sup>, aunque no preciso en qué jurisprudencia internacional o de la Corte Europea se manifestó aquello.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, asumió de manera explícita la jurisprudencia del TEDH en este tema, cuando manifestó que la: “protección de la libertad de expresión debe abarcar no sólo las ideas favorables o desfavorables, sino también las que “inquietan u ofenden”, porque este aspecto implica la garantía máxima del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, aspectos sin los cuales, no se puede concebir una sociedad democrático”, sobre cuya base también habría razonado la Corte IDH<sup>1241</sup>.

#### **IV.3.3.3 Acceso a la información (libertad de información pasiva y activa de los ciudadanos)**

La Corte IDH, al referirse al art. 13.1 de la CADH, considera que: “Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ... está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”<sup>1242</sup>; vale decir que conforme a esa interpretación, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, comprende a su vez el derecho de información, todos los que al final son uno solo, por tanto invisibles; en la misma línea de lo señalado por la Corte IDH, cuando manifestó que: “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”<sup>1243</sup>.

La difusión del pensamiento y expresión, a través de la libertad de información comprende dos facetas: “la libertad de información activa, es decir el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión y la libertad de información pasiva o derecho a recibir aquella”<sup>1244</sup>. El

---

<sup>1240</sup> Punto 2.3.7., Sentencia T-391/07

<sup>1241</sup> Punto III.3.c) de fundamentos jurídicos, SC 0215/2011-R

<sup>1242</sup> Párrafo 31, OC-5/85; al igual que lo manifestado en el párrafo 36.

<sup>1243</sup> Párrafo 77, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile

<sup>1244</sup> Luis Escobar de la Serna: *Derecho*, op. cit. p. 341.

primer tipo de libertad de la información, es el realizado por los profesionales de la comunicación o periodistas, que a través de cualquier medio de comunicación social difunden y comunican una información veraz; el segundo tipo de libertad de la información, es el que tienen todas las personas de recibir esa información que ha sido transmitida por los medios de comunicación.

Pero esa libertad de información pasiva de todos los ciudadanos (de recibir información, esa que dan los profesionales de la información), también entraña una libertad de información activa de todos los ciudadanos (no solo de los profesionales de la información) y de acceso a la información, que permite a cualquier persona ejercitar su derecho a la autodeterminación informativa, que se expresa de diferentes maneras como: derecho a la intimidad informática, derecho a la libertad informática o derecho de protección de datos, formas todas que apuntan a lo mismo a: “reconocer a las personas una serie de facultades jurídicas que se les atribuyen precisamente para enfrentar las extralimitaciones de este nuevo poder (poder informático en una “sociedad de la información”) y que puedan evitar que de su mal uso lesionen bienes o derechos constitucionales como la intimidad y los derechos conexos”<sup>1245</sup>.

Ese derecho de autodeterminación informativa -vinculado al derecho de acceso a la información-, comprende: “la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no ... en los que se encuentren almacenados los datos de una persona (con el) ... objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información”<sup>1246</sup>; vale decir que a través de este derecho se permite acceder a los registros de información para conocer no solo lo que se encuentra registrado, sino también saber para qué y para quién se realizó el registro, como quién lo recabó, permitiéndose el derecho a adicionar y actualizar la información, o de impedir su difusión como de cancelar los datos que no debieran estar registrados.

---

<sup>1245</sup> Como expresa el Prof. Luis Castillo Córdova, señalado por César Augusto Orrego: “Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 317.

<sup>1246</sup> Como se señaló por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente 6661-2008-PHD/TC, FJ. 05.

Desde una perspectiva amplia o social la Corte IDH, el año de 1985 se refirió al derecho de acceso a la información, cuando mencionó la necesidad de que en democracia exista un: “amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”<sup>1247</sup>; a su vez, desde una perspectiva más restringida o individual, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la CIDH en octubre de 2000, en el 108 período ordinario, ha consagrado el derecho de acceso a la información, como un derecho fundamental de todos los individuos, derecho en virtud del cual toda persona puede acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa<sup>1248</sup>.

Sin ignorar la dimensión individual del derecho de acceso a la información que se reconoció en la Declaración de Principios mencionada, que permite que la persona acceda a la información sobre sí misma o sus bienes; la Corte IDH el año 2006, confirmó la dimensión social del derecho de acceso a la información cuando reconoció que la misma debe: “ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción”<sup>1249</sup>.

Si el acceso y entrega de la información a la persona, no es exclusiva de aquella que se refiere sobre sí misma o sus bienes, sino que se amplía a aquella en la que ni siquiera tiene un interés directo ni personal, esta situación última posibilita que la información circule dentro de sociedad y pueda ser valorada; por eso se concluye de manera correcta que el: “derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social ... las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”<sup>1250</sup>.

Frente al derecho de acceso a la información de todas las personas -como libertad de información activa-, se encuentra una: “obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”<sup>1251</sup>; obligación positiva del Estado que ya fue expresamente

---

<sup>1247</sup> Párrafo 69, OC-5/85

<sup>1248</sup> Principios contenidos en los puntos 4 y 3, respectivamente.

<sup>1249</sup> Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile, párr. 77.

<sup>1250</sup> Ibidem

<sup>1251</sup> Ibidem

normada y reconocida en el punto 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, cuando se señaló que: “Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho”.

La obligación positiva del Estado implica un deber de éste de garantizar el pleno goce y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información de todas las personas, cuya realización material no depende solo de su reconocimiento normativo -que en el caso se ha dado en la mencionada Declaración de Principios-, sino que requiere que el mismo (el Estado), adopte una serie de políticas (legislativas, administrativas, económicas, jurisdiccionales u otras) para su realización. Asimismo, la Corte IDH considera de especial relevancia que a nivel mundial, muchos países han adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado<sup>1252</sup>.

El Tribunal Constitucional del Perú, ha asimilado de manera plena la doctrina desarrollada por la Corte IDH sobre el derecho de acceso a la información, aunque no la ha citado expresamente, señala que: “este derecho consiste en la facultad que tiene toda persona de solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder de las entidades estatales”<sup>1253</sup>.

Con relación al acceso a la información de entidades no estatales o personas jurídicas privadas, el Tribunal Constitucional de Perú complementa el razonamiento señalado por la Corte IDH, cuando expresó que en aquellas situaciones en las que las personas privadas: “efectúan servicios públicos o funciones administrativas, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan”<sup>1254</sup>; la justificación a esta obligación de las personas privadas, radica en que: “no toda la información que portan se encuentra exenta de ser conocida, ya que por la labor que realicen pueden detentar alguna que sea de naturaleza pública, y por ende exigible y conocible por

---

<sup>1252</sup> Como considera en el párrafo 82, en el Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile, en el que en los párrafos 78 a 81 hizo mención a diversos instrumentos, tales: la Resolución de 3 de junio de 2006 de la Asamblea General de la OEA, la Carta Democrática Interamericana; la Declaración de Nuevo León, aprobada en el 2004; la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; la Recomendación N° 582 adoptada el 23 de enero de 1970 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, en 1998 se adoptó la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

<sup>1253</sup> Punto I.A.2., EXP. N° 6238-2008-PHD

<sup>1254</sup> Punto 7, EXP N° 00390-2007-PHD/TC

el público en general”<sup>1255</sup>; en consecuencia cualquier persona pública o privada, está obligada a informar con relación a la función pública administrativa que ejerce o con relación a los servicios públicos que presta, respectivamente.

A diferencia del Tribunal Constitucional de Perú, el Tribunal Constitucional de Bolivia, de manera expresa ha asimilado la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, cuando se remitió la opinión consultiva sobre “La Colegiación obligatoria de periodistas” (que no es otra que la OC-5/85), sobre la libertad de pensamiento y expresión<sup>1256</sup>.

Sobre esa base llego a la conclusión de que: “En resumen, se puede señalar que el derecho al acceso a la información forma parte del contenido del derecho a la libre expresión, y de acuerdo a la doctrina implica la facultad de toda persona a solicitar información de las instituciones públicas”<sup>1257</sup>, es decir que se refiere de manera directa y expresa al derecho de acceso a la información y realizando las remisiones doctrinales correspondientes, señaló que: “la información pública ... opera como un “deber del Estado de dar a conocer a la sociedad sus propias decisiones y derecho de los ciudadanos a acceder a dicha información pública”<sup>1258</sup>; asimismo, con relación a ese deber del Estado, indica que debe: “brindar la más amplia información, como muestra de transparencia de las actividades desplegadas por la administración pública, que permita a las personas controlar los actos de gobierno y conocer aquella información de carácter público”<sup>1259</sup>.

Esta Sentencia Constitucional de 21 de febrero de 2006, si bien se remitió al contenido de varios párrafos de la OC analizada, no lo hizo con la precisión que correspondía, pues no mencionó al párrafo 69 de la OC-5/85 que es el que sienta las bases de manera expresa del derecho de acceso a la información; sin embargo de ello, no se puede dejar de resaltar el contenido del razonamiento que se refirió a cabalidad sobre el alcance del derecho de acceso a la información cuando el mismo, recién fue desarrollado con un análisis minucioso con posterioridad por la Corte IDH, que emitió su Sentencia de 19 de septiembre de 2006, en el Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile; es decir que el Tribunal

---

<sup>1255</sup> Punto I.A.2., EXP. N° 6238-2008-PHD

<sup>1256</sup> Fundamento III.2, SC 0188/2006-R

<sup>1257</sup> Ibidem

<sup>1258</sup> Ibidem

<sup>1259</sup> Ibidem



Constitucional de Bolivia, analizó con profundidad el derecho de acceso a la información, antes que la Corte IDH.

Además otro aspecto importante de destacar que este Tribunal, haciendo mención a: “la interpretación de la Corte Interamericana ... en virtud del principio de favorabilidad”<sup>1260</sup>, realiza en el caso boliviano una interpretación de esa naturaleza, cuando reconoció de manera expresa que el derecho de acceso a la información, como tal no se encontraba consagrado en la CPE, sin embargo en aplicación de tal principio se: “impide una interpretación restrictiva de derechos, se entiende que el derecho de acceso a la información está comprendido dentro del derecho a la libre expresión”<sup>1261</sup>; lo cual constituye un análisis del derecho de acceso a la información, conforme a la normativa internacional y más favorable a los derechos humanos.

#### **IV.3.3.4 Procesos electorales**

El ejercicio del poder de los distintos órganos del Estado, se basa en el poder del pueblo, titular de la soberanía, que se ejerce de modo directo o representativo, en el último caso se hace operativo, a través de las elecciones periódicas y públicas a los que serán representantes del pueblo y por tanto del Estado, por medio del sufragio universal, que legitima el poder de los gobernantes.

Las elecciones no se efectivizarían si es que no se llevaría adelante los procesos electorales que constituyen en el: “instrumento necesario para el ejercicio por el ciudadano de uno de sus derechos fundamentales, que es el de participar en los asuntos públicos mediante la selección de personas que les van a representar en el ejercicio de la soberanía popular ... que constituye en las modernas democracias la raíz de todo el poder político”<sup>1262</sup>; lo que implica que un proceso de esa naturaleza, conlleva en la designación de los titulares del poder, sobre la base de las preferencias expresadas por los ciudadanos en unas justas electorales, que se desarrollen dentro de una determinada comunidad política.

---

<sup>1260</sup> Ibidem

<sup>1261</sup> Ibidem

<sup>1262</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso*, op. cit. p. 199.

En consecuencia, las elecciones que se producen dentro de un proceso electoral implican la: “designación de los representantes del pueblo en cuanto resultan un elemento calificador de la democracia”<sup>1263</sup>, o lo que es lo mismo, la participación representativa del pueblo a través de las elecciones, es la que: “identifica al Estado democrático contemporáneo y, por ello, en cuanto a basamento de éste, las elecciones se arrojan un lugar preeminente”<sup>1264</sup>; en ambos casos implica que con las elecciones se legitima el poder del Estado por el pueblo, en esa medida se puede hablar de democracia cuando existen elecciones libres.

La credibilidad y legitimidad de las elecciones, por tanto de la democracia misma, no se puede establecer únicamente con lo sucedido el día de las elecciones, o cuando los electores van a sufragar, por cuanto desde un punto de vista temporal, el proceso electoral abarca: “la convocatoria de elecciones, la campaña electoral, la jornada o día en que se celebran las elecciones, el recuento de votos, la transformación de los votos en escaños y, por último, la proclamación de los resultados y de la candidatura ganadora”<sup>1265</sup>.

A los efectos académicos del presente trabajo, se hará mención a uno de los actos del proceso electoral, que es el de la campaña electoral, que se encuentra especialmente ligado con la libertad de pensamiento, expresión e información.

#### IV.3.3.4.1 *Campaña electoral (debate político)*

Las campañas electorales, se inician cuando se convoca formalmente a las elecciones y terminan en forma previa a la jornada electoral, durante el lapso de tiempo que establece el órgano competente, en el marco normativo correspondiente; aunque en la práctica, cada vez son mayores las campañas que se adelantan en el tiempo, pues se inician no cuando se convocan a las elecciones, sino dentro de lo que se vino a llamar la precampaña.

---

<sup>1263</sup> Enrique Arnaldo Alcubilla: *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Ed. Laxes S.L., Madrid, 2002, p. 6.

<sup>1264</sup> Enrique Arnaldo Alcubilla: *El carácter ...*, op. cit., p. 5.

<sup>1265</sup> Manuel Martínez Sospedra y otros: *Elecciones electorales. Un estudio comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 51.

Se entiende que la campaña electoral oficial es: “el conjunto de actividades públicas que, durante el proceso electoral, realizan los candidatos con la finalidad de atraer el voto favorable de los electores y, por tanto, eliminar el máximo número de apoyos a sus contrincantes”<sup>1266</sup>; lo que implica que los candidatos y sus equipos, en el lapso de tiempo que dura una campaña electoral, se esforzarán por realizar apariciones públicas, privadas y toda forma de contacto con sus electores, haciéndoles conocer su programa político, social y económico que proponen de ser elegidos, con la finalidad de solicitar y conseguir su voto para la formación política a la que representa.

Sea cual fuere el tipo de agenda que tengan los candidatos, no cabe duda que: “la comunicación político-electoral está fuertemente influenciada por la presencia y mediación de los medios de comunicación, que se han convertido en un vehículo imprescindible y casi exclusivo de comunicación política”<sup>1267</sup>, es así que en los períodos de campaña electoral, medios que dan la información, permiten el contacto del político con el electorado, además dan la posibilidad a las organizaciones de representación política (partidos políticos, agrupaciones ciudadanas u otros) den publicidad a su programa, etc.

Ahora bien, es necesario que esa campaña electoral, este estructurada y llevada de manera tal que permita garantizar la celebración de unos comicios democráticos y transparentes, que solo se darán si en el desarrollo de la campaña se respetan ciertas garantías, como la: “independencia del gobierno; ... las disposiciones que garantizan la libre competencia y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral ...; en suma, aquellas garantías ... jurídicas destinadas a que las elecciones sean libres y honestas”<sup>1268</sup>; entre estas otras garantías jurídicas están las libertades de pensamiento, expresión e información, como las de reunión y asociación.

Esto significa que para que unas elecciones sean efectivamente competitivas, es necesario que una campaña electoral, reúna por lo menos tres garantías: la libertad de expresión, información y reunión para los candidatos, sus partidarios y las organizaciones que los apoyan (partidos políticos u otros); la

---

<sup>1266</sup> Manuel Martínez Sospedra y otros: *Elecciones ...*, op. cit. p. 52

<sup>1267</sup> Leyre Burguera Ameave: “Libertad de comunicación pública en las campañas electorales”. *Libertades Informativas*. Ed. Colex, 2009, Madrid, p. 894

<sup>1268</sup> Nohlen y otros, *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, Ed. FCE, México, 1998, p. 9

igualdad entre los contendientes y; la imparcialidad necesaria que debe caracterizar la actuación del poder público.

Estas garantías de las campañas electorales tienen relación con las libertades fundamentales y la actuación política, siendo necesario referirse a dos aspectos importantes como son: los actores de las campañas electorales (partidos políticos u otros), cuyos candidatos entran a un necesario debate electoral, candidatos de partidos políticos u otras formas de organización que en debate electoral, buscan a conseguir el voto de los ciudadanos, para lo cual los mismos requieren todo tipo de información, que les permita meditar y asumir una decisión por una opción que consideren la mejor, por ser equilibrada, justa y otra razón.

Los actores de las campañas electorales, generalmente son los partidos políticos, que como señala Aron, que se constituyen en: “una organización regular y permanente de personas dirigida a conquistar, ejercer y conservar el poder”<sup>1269</sup>; partidos políticos que durante muchos años y en casi todos los países tuvieron un monopolio de la representación ciudadana, lo que ha llevado a que se vayan conformando: “instituciones paralelas a los partidos políticos, que obligará a estos encarar un proceso de profundos cambios y transformaciones con miras a recuperar la credibilidad y legitimidad ante el pueblo para seguir desarrollando la labor de mediación entre la Sociedad civil y el Estado”<sup>1270</sup>; entre estas instituciones paralelas a los partidos políticos están agrupaciones ciudadanas, organizaciones de pueblos indígenas y otros que postulan a sus propios candidatos.

A su vez, los debates electorales entre los candidatos de los partidos políticos u otras formas de organización: “suponen una escala superior en el proceso de expresión y formación de las opiniones y alternativas ante el cuerpo electoral, en cuanto la democracia es precisamente la pacífica confrontación de ideas y programas”<sup>1271</sup>; lo que significa que en épocas de campaña electoral, los candidatos y sus equipos se proponen lograr el voto de sus electores y la mejor manera es trasladando al campo político el debate, ejerciendo al efecto su libertad de expresión, con la ayuda de los medios de comunicación social a su alcance,

---

<sup>1269</sup> Citado por Manuel Martínez Sospedra: *Introducción a los partidos políticos*, Ed. Ariel Derecho, 1996, Barcelona, p. 21

<sup>1270</sup> José Antonio Rivera Santivañez: *Estudios sobre...*, op. cit. p. 33

<sup>1271</sup> Enrique Arnaldo Alcubilla: *El carácter ...*, op. cit., p. 142

que: “han convertido lo que era con frecuencia un contacto directo entre candidatos y electores en una compleja operación mediática, diseñada y dirigida por los profesionales”<sup>1272</sup>.

Sin embargo hay que tener en cuenta que el debate político que se da durante una campaña electoral, es un tipo de debate que existe dentro de una sociedad democrática que se sustenta en la libertad de expresión, pues en forma abstracta e intemporal, existes otro tipo de debates de naturaleza política en foros de formación, de gobierno u otros, pero lo que debe ser claro es que: “la agenda de lo políticamente relevante no es, ni mucho menos, monopolio de quienes ocupan cargos públicos”<sup>1273</sup>.

La Corte IDH considera que en el marco de una: “campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral”<sup>1274</sup>, que solo se da en democracia, convirtiéndose el debate electoral en una herramienta para la: “formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos”<sup>1275</sup>, todo lo que posibilitará en un futuro transparencia y fiscalización de las autoridades y su gestión.

En ese razonamiento, la Corte IDH, partió de lo manifestado por el Tribunal Europeo, que señaló que: “La libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos”<sup>1276</sup>; esos razonamientos permitieron a ese mismo TEDH señalar que los partidos políticos: “representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por lo tanto, las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, como el solicitante, deben ser cuidadosamente examinadas por la Corte”<sup>1277</sup>; análisis que

---

<sup>1272</sup> Josep. M. Vallés y otro: *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ed. Ariel S.A., 1997, Barcelona, p. 63

<sup>1273</sup> Miguel Revenga Sánchez: “Algunos Apuntes sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión”. *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p. 211

<sup>1274</sup> Párrafo 88, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

<sup>1275</sup> Ibidem

<sup>1276</sup> Caso Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía, Sentencia de 30 de enero de 1998, referido en el Párrafo 89, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.

<sup>1277</sup> Caso Incal Vs. Turquía, Sentencia de 9 de junio de 1998.

se acogió expresamente en el Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, quién como miembro de un partido y candidato, difundió información con relación a un candidato de oposición<sup>1278</sup>.

En la referida decisión la Corte IDH también se expresó la necesidad de que: “se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado”<sup>1279</sup>, haciendo remisión a otra Sentencia del Tribunal Europeo, en la que se expresó que: “Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático”<sup>1280</sup>; pues como entendió la Corte IDH, el debate democrático posibilita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, como de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información<sup>1281</sup>.

Con relación al interés público y debate político en democracia en un proceso electoral, la Corte IDH señaló que: “en el contexto de una campaña electoral ... respecto de asuntos de interés público ... las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”<sup>1282</sup>.

Ese análisis de vinculación entre la libertad de expresión y la democracia en épocas de campaña electoral y de elecciones libres, dado por la Corte IDH el año 2004, ya fue razonado por el TEDH en 1998, cuando manifestó que las elecciones libres, la libertad de expresión, el libre debate político, constituyen el fundamento de todo el régimen democrático, por ello es importante en períodos preelectorales, permitir circular libremente opiniones en informaciones de toda

---

<sup>1278</sup> Ricardo Nicolás Canese cuando era candidato presidencial, difundió información con relación a uno de los candidatos adversarios, como consecuencia fue querellado por quienes no fueron nombrados en las declaraciones y condenado por el delito de infamia, multa y restricciones para salir del país.

<sup>1279</sup> Párrafo 90, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

<sup>1280</sup> Sentencia del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Belgica, de 2 de marzo de 1987 y Sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de julio 1986; señaladas en el párrafo 90, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

<sup>1281</sup> Párrafo 90, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

<sup>1282</sup> Párrafo 105, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

índole, como reconoció el Tribunal Europeo<sup>1283</sup> o cuando manifestó que la democracia se nutre de la libertad de expresión<sup>1284</sup>.

Todos estos razonamientos, han sido asumidos de manera expresa por la Corte Constitucional Colombiana que indicó que: “el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública, política y social de la nación”<sup>1285</sup>.

Asimismo, esta Corte Constitucional, reconoció explícitamente que la Corte IDH, ha recogido la doctrina desarrollada por la Corte Europea, que ha sostenido que: “existe muy poco margen ... para restringir o limitar el discurso político y el debate sobre asuntos de interés público, y que los límites a las críticas admisibles son mayores en relación con el Estado y las autoridades que en relación con los ciudadanos particulares e incluso con los personajes públicos, teniendo en cuenta que en los sistemas democráticos, las actuaciones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio cercano de la opinión pública”<sup>1286</sup>.

No cabe duda que dentro de todas las etapas del desarrollo de un proceso electoral, constituye un tema transversal la libertad de expresión que asegura un debate político, donde por una parte todos los electores puedan expresar su empatía con los candidatos, o al contrario, confrontar sus propuestas, única manera que ayudará a construir un criterio sólido a esos ciudadanos a tiempo de emitir su voto responsable; por otra parte se asegura el intercambio de opiniones entre los sujetos a ser elegidos o candidatos, en un: “debate libre de ideas sobre el manejo del poder político estatal con proyección al acontecer futuro de la administración pública y en la discusión abierta sobre quienes se postulan para manejar dicho poder”<sup>1287</sup>.

---

<sup>1283</sup> Caso Bowman, Sentencia de 19 de febrero de 1998.

<sup>1284</sup> En el ya indicado Caso Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía, Sentencia de 30 de enero de 1998

<sup>1285</sup> Punto 2.3.3.1., Sentencia T-391/07

<sup>1286</sup> Ibidem; así señaló la Corte Constitucional Colombiana, remitiéndose a la doctrina asumida por la Corte Interamericana, de los casos resueltos por el Tribunal Europeo, entre ellos ver los casos: Arslan v. Turquía, Feldek v. Eslovaquia, Dichand y otros v. Austria y, Ceylan v. Turquía

<sup>1287</sup> Carlos M. Arroyo Gonçalves: “Procesos electorales y libertad de expresión: una mirada al caso boliviano desde el derecho a la información” en *Diálogos de la Comunicación*, Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social, N° 82, septiembre-diciembre de 2010, p. 3.

Además el fundamento del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, se encuentra en el pluralismo, que garantiza la existencia un debate político que precede a los comicios, en el que múltiples opiniones públicas, libres y plurales, son condicionante para “la existencia de una sociedad plural y democrática, sin la cual es impensable el respeto a la libertad y dignidad de las personas”<sup>1288</sup>; sociedad en la que de manera libre y con relación a asuntos de interés público, permite que electores como elegidos puedan expresar opiniones sobre los candidatos, a efectos de que todos cuenten con información suficiente, al momento de emitirse el voto; lo que contribuye a la democracia.

Finalmente no se podría terminar de hablar de las campañas electorales y todo lo que conlleva, si es que no se referiría a dos funciones importantes de la misma que son, por una parte: “una función de legitimación del sistema político, objetivo que solo se consigue si se cumplen las condiciones de igualdad de oportunidades entre los candidatos y el respeto de las libertades públicas”<sup>1289</sup>; por otra parte es: “una función informativa, en la medida en que los candidatos orientan a los electores sobre las distintas opciones políticas que se les presentan para ser gobernados y, obviamente, les piden que voten por las que ellos representan”<sup>1290</sup>.

Volviendo a lo manifestado con relación a las garantías de una campaña electoral, vinculadas a las funciones antes referidas, la imparcialidad de los poderes públicos, se da cuando un gobierno independiente garantiza una efectiva igualdad entre los contrincantes durante una campaña electoral, dándose las condiciones necesarias para asegurar la libertad de expresión de los candidatos, en las opiniones y juicios de valor que al efecto emitan, además, asegurando también la libertad de expresión de la opinión que tengan los electores, al momento de emitir su voto, que lo realizarán después de haber sido adecuadamente informados en temas políticos y de asuntos de interés público, lo que permite el funcionamiento de la democracia.

---

<sup>1288</sup> Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades...*, op cit. p. 61.

<sup>1289</sup> Manuel Martínez Sospedra y otros: *Elecciones ...*, op. cit. p. 54

<sup>1290</sup> Ibidem



#### **IV.3.4 Restricciones o límites a los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información**

Los derechos fundamentales, como el de la libertad de pensamiento y expresión, por una parte son derechos subjetivos, en la medida en que los titulares son las personas individuales; por otra parte, los derechos fundamentales se constituyen: “en elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional”, que busca lograr: “una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho, en un Estado Social y democrático de Derecho”<sup>1291</sup>.

Para lograr esa convivencia armónica de las personas dentro de sociedad, es necesario considerar que esos derechos fundamentales (en su perspectiva subjetiva, reconocidos objetivamente en el ordenamiento jurídico de un Estado) no son derechos absolutos e ilimitados, sino que encuentran límites en los derechos de los demás y en general, en los bienes y derechos consagrados en las Constituciones Políticas de los Estados, como de los ordenamientos jurídicos de tipo internacional; solo así se logra orden en los diversos campos (económico, político, social, etc.) y se asegura la paz social que debe imperar en un Estado de Derecho en el que se ejercita y se vive en democracia.

Esta idea, ya fue reconocida en el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que manifestó que: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”, en similar sentido de lo regulado en el art. 32.2 de la CADH; por lo que se puede afirmar que uno de los cimientos de los derechos fundamentales es precisamente su carácter limitado y no absoluto.

Es cierto que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en su dimensión individual protege las manifestaciones de expresión en libertad de cada persona en forma particular; pero más allá de ese contexto personal e individual, está la dimensión colectiva o social, limitándose el derecho del individuo solo en la medida que requiere el derecho de los demás, de la colectividad, buscando

---

<sup>1291</sup> Sefa Riaura Martínez: “El valor de los derechos fundamentales”. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004, p. 5.

conseguir un equilibrio de libertad e igualdad entre todos los que convivimos en sociedad.

La libertad de pensamiento y expresión, no se podría comprender en su contenido, dimensiones, fines, efectos u otro, si es que no se analizase con algún detenimiento el tema de sus límites, que se encuentran reglados en el art. 13.2-5 de la CADH, que ha sido interpretados por la Corte IDH, refiriéndose a las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, que no son otra cosa que los límites que la regulación internacional y su interpretación, han dado al derecho en estudio.

Como se manifestó, la libertad de pensamiento y expresión, jamás puede ser considerada como un derecho absoluto, sino que tiene una serie de límites establecidos por la CADH, que en su art. 13.2 señala que: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (se refiere a la libertad de pensamiento y expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

De esa regulación, la Corte IDH entendió que: “no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención”<sup>1292</sup>, pues las conductas regladas en la norma: “envuelve una restricción a la libertad de expresión”<sup>1293</sup>; es decir que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión no es absoluto, en esa medida no toda restricción del mismo provoca su violación, esas restricciones o límites resultan ser legítimos cuando se establecen con arreglo a ciertos requisitos.

En esa misma línea, tratándose del derecho de acceso a la información - como parte del derecho a la libertad de pensamiento y expresión-, la Corte IDH entiende que bajo el control del Estado, es posible que las autoridades públicas apliquen ciertas: “restricciones al derecho de acceso a información”<sup>1294</sup>, sobre la base de los límites que establezca la norma legal u otros requisitos, pues caso

---

<sup>1292</sup> Párrafo 35, OC-5/85

<sup>1293</sup> Ibidem

<sup>1294</sup> Párrafo 98, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile

contrario, una restricción sin observancia de límites: “crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”<sup>1295</sup>.

Por lo manifestado se puede afirmar que los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información del ser humano, en principio son inviolables y no pueden ser limitados; sin embargo, en ciertas condiciones particulares, es posible restringirse el ejercicio de tales derechos, pero sin violarlos.

#### **IV.3.4.1 *Censura previa. Salvedad***

La Corte IDH considera que: “en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13”<sup>1296</sup> -que se refieren precisamente a la libertad de pensamiento y expresión-;

La prohibición de censura previa, estrictamente no puede considerarse como un requisito para procederse a limitar el derecho<sup>1297</sup>, en realidad antes que eso, es una obligación negativa del Estado (de no hacer), que habilita la posibilidad de considerar los diversos requisitos que la institución (a través del órgano correspondiente) debe cumplir, antes que se produzca la limitación o la restricción a los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, como de información, que son titulares todos los seres humanos.

Para entender el contenido y alcance de la censura previa, es necesario recordar que los medios de comunicación social -a través de los que se difunden opiniones, ideas, informaciones, etc.-, pueden influir en las mentes y conciencias de las personas, por eso han resultado ser el objetivo del poder político, que desde tiempos remotos pretende controlarlos o en su caso imponiéndoles censura, restringiendo la libertad de expresión, información y comunicación pública de las ideas.

Muchas han sido las ideas de lo que debe entenderse por censura previa, entre ellas se dijo que constituyen aquellas: “medidas adoptadas por parte de los

---

<sup>1295</sup> Ibidem

<sup>1296</sup> Párrafo 38, OC-5/85

<sup>1297</sup> Como se señala en el referido párrafo 38 de la OC-5/85

poderes públicos para conseguir un efecto restrictivo de la libertad de expresión ... control previo, obligatorio y discrecional de los contenidos de los mensajes por parte de autoridades gubernativas”<sup>1298</sup>.

La Corte IDH también ha ido dando ideas de lo que se debe entender por censura previa, así refiriéndose a la misma, el año de 1985 expreso que: “En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”<sup>1299</sup>; posteriormente el año 2001 entendió que la censura previa constituye una: “medida preventiva que implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>1300</sup> y; ya el año 2005 consideró que la censura previa, forma parte de los: “procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado”<sup>1301</sup>.

De esas apreciaciones doctrinal y jurisprudencial, se tiene que la censura previa proviene de los poderes públicos, que en una actuación preventiva, provocan restricción a la libertad de expresión, que se difunde por los medios de comunicación social, disponiendo sobre que informaciones u opiniones pueden circular o ser divulgadas por aquel medio, así como comunicadas o recibidas por los ciudadanos.

En el momento en que se produce una censura previa por autoridades del poder público, se quiebra el Estado democrático, porque por un lado las autoridades del Estado pierden su debida neutralidad respecto al proceso de comunicación pública que debería siempre estar garantizado, y por otra se lesiona los derechos de las personas de estar debidamente informados y de los medios de transmitir esa información.

Como no son absolutos los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información y tienen sus excepciones; tampoco es absoluta la censura previa, que también tiene sus excepciones que son las reconocidas en el art. 13.4 de la Convención, que como entendió la Corte IDH es una: “excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia”<sup>1302</sup>; lo que implica que de producirse una excepción en

---

<sup>1298</sup> Antonio Vallés Copeiro del Villar: *Curso*, op. cit. p. 170 y 171.

<sup>1299</sup> Párrafo 38, OC-5/85 mencionado

<sup>1300</sup> Párrafo 70, Olmedo Bustos y otros Vs. Chile de 2001.

<sup>1301</sup> Párrafo 68, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005.

<sup>1302</sup> Párrafo 70, Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile de 2001

cualquiera de los casos señalados (moral de la infancia y adolescencia), es viable y legal la censura previa, circunstancia en la que no se podría hablar de una medida preventiva que implique menoscabo y vulneración a la libertad de pensamiento y expresión.

La excepción a la censura previa, también ha sido analizada por el TEDH, partiendo de la inexistencia de prohibición específica de censura previa en el CEDH, considera que en aquellos supuestos en los que se acredite la pertinencia, necesidad y proporcionalidad de la injerencia, así como su previsión en la ley, puede avalarse la adopción de esas medidas de restricción previa de la libertad de expresión<sup>1303</sup>; sin embargo esa posición no es generalizada en el Tribunal Europeo, en la medida que existen votos particulares discrepantes que consideran que ese tipo de injerencias en la libertad de expresión constituye la propia negación de la misma<sup>1304</sup>.

La Corte IDH, cuando desarrolló el tema de la censura previa, de manera general se ha referido a una medida preventiva que implica un menoscabo a la libertad<sup>1305</sup>; asumiendo ese criterio, que en realidad responde a la naturaleza de la medida, la Corte Constitucional de Colombia, en términos del derecho constitucional -según expresa-, ha dado una noción más detallada cuando expresa que la censura previa: “consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido”<sup>1306</sup> y en cuanto a sus formas clásicas, recuerda el derecho que se reservan las autoridades de: “revisar anticipadamente los escritos, a fin de decidir si autorizan o no su publicación y difusión, por lo cual obligan a los particulares a remitir previamente los textos para obtener el correspondiente permiso”<sup>1307</sup>.

Ese tipo de comportamiento no tiene en cuenta que en Colombia existe: “La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible ... no admite ser desvirtuada ... está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure,

---

<sup>1303</sup> Caso Gaweda contra Polonia, de 14 de marzo de 2002; Casos Observer & Guardián contra Reino Unido y Sunday Times (2) contra Reino Unido, ambos de 26 de noviembre de 1991

<sup>1304</sup> En las señaladas sentencias, emitidas en los Casos Observer & Guardián contra Reino Unido y Sunday Times (2) contra Reino Unido.

<sup>1305</sup> Como se señaló cuando se refirió al Párrafo 38, OC-5/85 mencionado

<sup>1306</sup> Punto 13, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1307</sup> Ibidem

una violación del derecho a la libertad de expresión<sup>1308</sup>; porque la censura previa se encuentra terminantemente prohibida por la Convención Interamericana y por el art. 20 de la Constitución Política de la República de Colombia al garantizar a todas las personas la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, en su parte final señala expresamente que: “No habrá censura”.

Ese razonamiento trabajado por la Corte Constitucional Colombiana, partió no solo de la Constitución Política de la República de Colombia, sino expresamente de lo manifestado por la Corte IDH, que señaló que la: “prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos público<sup>1309</sup>; para finalmente establecer la diferencia entre la censura previa y la prohibición previa de ciertos mensajes, señalando que la: “imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura previa<sup>1310</sup>, siendo diferente a una prohibición previa: “que genera responsabilidades ulteriores, que es legítima<sup>1311</sup>”.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, manifestó que la protección de los derechos al honor, reputación, etc.: “no puede significar que, con carácter preventivo, se impida a que un medio de comunicación social ... propalar la información ... ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribe el impedimento del ejercicio de tales libertades<sup>1312</sup>; siendo importante destacar que en ese reconocimiento, se hizo expresa mención a la jurisprudencia que sobre censura previa, trabajo la Corte IDH en la OC-5/85.

Asimismo, la Corte ha relacionado el tema de la censura previa con la responsabilidad ulterior cuando manifestó: “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo (censura previa) sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido<sup>1313</sup>; lo que implica que aunque una persona hubiere ejercido su derecho a la libertad de expresión en

---

<sup>1308</sup> Punto 1.3.4., Sentencia T-391/07

<sup>1309</sup> Ibidem; lamentablemente en esta cita se incurre en la imprecisión de no señalar en que resolución de la Corte Interamericana se habría manifestado aquello, que no es otra que el párrafo 38, OC-5/85

<sup>1310</sup> Igual que lo expresado en el art. 13.2 de la Convención Americana y lo señalado por la Corte Interamericana

<sup>1311</sup> Todo contenido en el señalado punto 13, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1312</sup> Punto 15, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC

<sup>1313</sup> Párrafo 39, OC-5/85

forma excesiva, fuera de lo normal, extrema o hasta abusiva, ni aún en esos casos se puede aplicar una censura previa, pues esta (la censura) implica medidas -arbitrarias- de carácter preventivo o previas que materialmente no pueden darse cuando ya se ha procedido a la expresión (aunque sea abusiva).

En todo caso, en esas situaciones extremas, lo que corresponde es que esa persona que ha cometido esos excesos asuma las consecuencias por responsabilidades ulteriores de su conducta, que se expresan a través de diferentes tipos de procesos, tales como uno de naturaleza: penal, por delitos como injuria, calumnia, etc.; civil, que en daños determine responsabilidad económica con secuestro de bienes; administrativo, que puede concluir con su destitución, suspensión de funciones, cortes de servicio, etc. etc..

#### **IV.3.4.2 Requisitos para legítimas restricciones**

La CADH, en el art. 13.2 se refiere a la responsabilidad ulterior, vinculada a la posibilidad de restricción del derecho, cuando señala que: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (libertad de pensamiento y expresión) ... puede estar sujeto a ... responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley ...”.

La norma precedentemente señalada, ha sido interpretada por la Corte IDH, cuando señala que las: “restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”<sup>1314</sup>, o como entendió la misma Corte IDH, las: “causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley ... no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.”<sup>1315</sup>.

---

<sup>1314</sup> Párrafo 120, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de 2004; igual en el párrafo 79, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005.

<sup>1315</sup> Párrafo 79, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile

En consecuencia, las responsabilidades ulteriores, por un ejercicio abusivo de la libertad de pensamiento, expresión e información, conllevan la restricción de los derechos dentro de un marco jurídico determinado, que en ningún caso debe limitarlos más allá de lo que corresponda y sea necesario; caso contrario, se estaría frente a restricciones arbitrarias, actuaciones discrecionales del Estado, que provocarían inseguridad jurídica en los individuos, lesionaría sus derechos y quebrantaría el orden que debe imperar en una sociedad democrática.

La Corte Constitucional de Colombia, con relación a los límites a la libertad de expresión y la doctrina elaborada por la Corte IDH, señala que el derecho a la libertad de expresión tiene límites, pero muy estrictos, pues la libertad de expresión es un derecho fundamental, que ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional; asimismo manifiesta que en esta materia es relevante la doctrina desarrollada por la Corte IDH, cuya jurisprudencia se constituye en un criterio hermenéutico que establece el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, hace mención a la OC-5/85 que estudió el alcance de la libertad de expresión, y la posibilidad de establecer las restricciones a ese derecho<sup>1316</sup>.

La Corte IDH, ha razonado los requisitos que deberían cumplirse para el establecimiento de las restricciones a los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información, por responsabilidades ulteriores, así el año de 1985 entendió que: “para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente ... es preciso que se reúnan varios requisitos”, entre los que señala: “a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar " los mencionados fines. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.”<sup>1317</sup>.

Los requisitos señalados por la Corte el año de 1985, partiendo del contenido del art. 13.2 de la CADH, han sido complementados el año 2004 cuando entendió que: “Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos a saber: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la

---

<sup>1316</sup> Puntos 6 y 7, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1317</sup> Párrafo 39, OC-5/85



reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”<sup>1318</sup>.

El contenido de todos esos requisitos señalados por la Corte en esas dos oportunidades, pueden ser aglutinadas en tres posibilidades, primero que se refiera a causales previamente establecidas por ley, segundo la legitimidad de los fines de la protección y el concepto de necesidad dentro de una sociedad democrática; lo que se pasa a conocer.

#### IV.3.4.2.1 *Causales previamente establecidas por ley*

Desde una perspectiva general de todos los derechos, la CADH, en su art. 30 estableció la posibilidad de: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

A su vez, desde una perspectiva particular de los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información, cuando hubo exceso en su uso, con las responsabilidades ulteriores correspondiente, es posible que sean restringidos, pero por causales previamente establecidas o regladas por la ley y por motivos de interés general, que son las señaladas por el art. 13.2. de la CADH como son: el respeto de los derechos, la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública.

Las restricciones conforme a causales previamente establecidas por ley, resultan rígidas, al estar taxativamente señaladas en la norma; por esa inflexibilidad, no existe posibilidad de movimiento en la interpretación, a decir de Lezertua cuando manifiesta que: “nos encontramos con un sistema, en principio, rígido de justificación de restricciones de cuáles para resultar tolerables tiene que satisfacer cumulativamente un conjunto de condiciones que vienen especificadas en el texto del artículo”<sup>1319</sup>.

La Corte IDH, partiendo del análisis del art. 30 de la CADH, llegó a la conclusión que es: “consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el

---

<sup>1318</sup> Párrafo 120, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica

<sup>1319</sup> Citado por Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión*, op. cit. p. 281.

mundo democrático ... la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley”<sup>1320</sup>, continúa señalando por una: “ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”<sup>1321</sup>.

La referida posición asumida por la Corte IDH desde el año de 1986, ratificada el 2006<sup>1322</sup>, es una interpretación que se ajusta a las exigencias de un Estado de derecho democrático actual, en mérito a los principios de separación de funciones, legalidad y de reserva legal; pues un razonamiento contrario, es decir que una norma infra legal -considerada con contenido de ley material-, podría restringir derechos fundamentales, por sola determinación del Poder Público, por ejemplo un Decreto Supremo que en la forma no es ley, pero por su contenido sí, lo que constituiría una grave lesión a los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información de la persona humana.

Sin embargo no se entiende la nueva posición que asumió la Corte IDH el año 2008, cuando al referirse a las restricciones de los derechos por ley, señaló que: “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material.”<sup>1323</sup>.

Habría que entender que la Corte IDH, asumió un cambio a su posición original, pero no en forma absoluta, sino relativa a circunstancias y realidades especiales, que se dan en aquellos países que no siguen la tradición romanista, sino el sistema del “*common law*”, en mérito a lo cual las resoluciones de los jueces y tribunales -que constan en su jurisprudencia-, son parte de un derecho no escrito o de costumbres, que se constituye en una verdadera ley, obviamente no en un sentido formal, en la medida que en su construcción se ha prescindido del procedimiento de elaboración de leyes y de la jerarquía normativa que le podría corresponder en el orden jurídico.

Es necesario resaltar que la base para este razonamiento, ha sido esbozado por la Corte IDH en la OC-6/86, pero no se llegó a una posición ni a una

---

<sup>1320</sup> Párrafo 23, OC-6/86

<sup>1321</sup> Párrafo 27, OC-6/86

<sup>1322</sup> En la señalada OC-6/86; ratificada el año 2006 en el párrafo 89, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile

<sup>1323</sup> Párrafo 63, Caso Kimel vs. Argentina de 2008.

conclusión clara al respecto; oportunidad en la que hizo mención a una Sentencia del Tribunal Europeo, que no es otra que la referida al caso Sunday Times de 26 de abril de 1979<sup>1324</sup>; en igual sentido que lo señalado en otros casos<sup>1325</sup>.

En consecuencia, la posición de la Corte IDH que en este tema se dio el año de 1986 relativa a que las restricciones a los derechos, solo pueden estar establecidas por ley formal, ha sido modulada el año 2008 en sentido de que la restricción puede también darse en una ley material, pero se entiende solo en aquellos casos que responden a circunstancias y realidades especiales propias de países que se rigen por un derecho no escrito o del *common law*, como ya entendió hace muchos años el Tribunal Europeo, al que la Corte en su oportunidad hizo una remisión expresa.

La Corte Constitucional de Colombia manifestó que las: “restricciones deben estar claramente definidas en la ley”<sup>1326</sup>.

#### IV.3.4.2.2 *Legitimidad de los fines de protección*

La CADH, en su art. 30, al hacer referencia de manera general a la posibilidad de restricción de los derechos conforme a leyes (formales y en algún caso de tipo material) que se dicten, señaló además: “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”; es decir que la misma Convención no se limita a exigir como condicionante a una restricción la existencia de una norma legal que haga lícita y legítima una limitación, sino que también es necesario que existan motivos mayores que alcancen a toda la colectividad, a cuyo favor en un momento determinado se reconoció un derecho.

Ahora bien, la finalidad legítima o un fin legítimo, se encuentra estrechamente relacionado con la previsión contenida en el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 32.2 de la CADH, que al referirse a la limitación de los derechos de cada persona por los de los demás, hacen mención expresa a la seguridad de todos y por las justas exigencias del: “bienestar general y del desenvolvimiento democrático” y del: “bien común, en una sociedad democrática”, respectivamente.

---

<sup>1324</sup> Párrafo 20, OC-6/86

<sup>1325</sup> Tales las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo en el Caso Hoving de 24 de abril de 1990; Caso Muller y otros de 24 de mayo de 1988; Caso Wilde de 18 de julio de 1971; entre otros

<sup>1326</sup> Punto 15, Consideración III, Sentencia C-010/00

Los motivos que interesan a todos, se encuentran adaptados al bienestar general, que se constituye en un imperativo en la “organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”<sup>1327</sup>; a su vez el bien común para ser invocados como fundamentos a la limitación de derechos: “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.”<sup>1328</sup>.

Lo que implica que en un Estado democrático, el bienestar general y el bien común de todos los seres humanos, en los casos reglados por el legislador como son: seguridad, orden público, reputación, etc. (art. 12.2 de la CADH), se constituyen en las razones de interés general que justifican limitaciones a los derechos a la libertad de pensamiento, expresión e información.

En consecuencia, las razones de interés general o de interés público, se constituyen en un motivo legítimo y legal para restringir la libertad de expresión, cuando ese interés público se identifica con alguna de la causales que justifican la limitación de la libertad (orden público, seguridad, etc.); ahora bien no hay que confundir ese interés público *in abstracto* con el interés público en el caso concreto, el último se materializa cuando se evidencia que se han producido perjuicios concretos, que luego de una ponderación puede determinar la protección o la limitación de la libertad de expresión.

Ese fin legítimo o mayor que justifique una restricción del derecho en estudio, ha sido analizado por la doctrina, que considera que el Estado: “nunca extenderá su manto protector si para ello ha de sacrificar un bien jurídico cuya lesión implique un riesgo de ruptura con ese sistema democrático, necesario para la realización en libertad de la persona”<sup>1329</sup>; pues si bien la libertad de expresión asegura la consolidación de un sistema democrático, no es menos cierto que no hay democracia si no se respeta ni cumplen bienes jurídicos de mayor protección, cuyo contenido no se agota en la libertad ideológica en sus múltiples manifestaciones (como es la libertad de pensamiento y expresión).

---

<sup>1327</sup> Párrafo 66, OC-5/85; párrafos 29 y 31, OC-6/86

<sup>1328</sup> Párrafo 67, OC-5/85; párrafos 30 y 31, OC-6/86

<sup>1329</sup> Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades...*, op cit. p. 234.

La legitimidad del fin perseguido, no constituye una doctrina que haya sido elaborada de manera directa por la Corte IDH, al contrario, este órgano de protección internacional a nivel Americano, asumió el razonamiento que en oportunidades anteriores ya se dio por el TEDH, que señaló que: “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”<sup>1330</sup>, como reconoció expresamente la Corte IDH.

Otros casos trabajados por el Tribunal Europeo, también hacen mención a la protección de opiniones y libertad de expresarlas, que se refieren a los objetivos legítimos señalados en el segundo párrafo del art. 10 CEDH<sup>1331</sup>, tal la seguridad, orden, salud, moral, etc., como fines legítimos que justifican la restricción del derecho a la expresión.

Con relación al requisito relativo a la legitimidad de los fines de la protección, la Corte Constitucional de Colombia manifestó que las: “restricciones deben ... encontrarse estrictamente relacionadas con la consecución de determinados objetivos constitucionales, como ... honor ... orden público, que ... predominen sobre la importancia que tiene mantener una libertad de expresión”<sup>1332</sup>, reforzando la idea de la legitimidad de los fines de protección señaló que la libertad de expresión puede ser limitada para proteger el orden público, con lo que se: “estaría persiguiendo una finalidad aceptable e importante . Pero, para que la limitación sea legítima, es menester que ... la restricción no sólo se ajuste estrechamente al logro de ese objetivo sino que, además, sea aquella que limite en menor escala la libertad de expresión”.<sup>1333</sup>

También manifestó que el interés público que justifica la legitimidad del fin perseguido: “obra como un límite eventual al ejercicio de la libertad individual de expresión ... se identifica ... en casos concretos, a saber: la preservación de la seguridad, el orden público ... componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva”<sup>1334</sup>; es decir que el interés público que justifica una limitación al derecho a la libertad de

---

<sup>1330</sup> En el párrafo 46 in fine, OC 5/85; oportunidad en la que señaló la fuente que es: The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26.

<sup>1331</sup> Sentencias Young, James y Webster contra el Reino Unido de 13 de agosto de 1981, serie A núm. 44 y Vogt contra Alemania de 26 de septiembre de 1995, serie A núm. 323.

<sup>1332</sup> punto 15, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1333</sup> Punto 18, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1334</sup> Punto 2.1.2.3., Sentencia T-391/07

expresión, tiene que materializarse en un caso concreto o en uno: “puntualmente definido, para evitar que categorías de interés público demasiado amplias terminan por erosionar la libertad de expresión”<sup>1335</sup>, ya que el interés general debe ser circunscrito y evaluado en el perjuicio concreto que haga legítimo el fin que se busca proteger, en una interpretación lo más restrictiva posible para limitar también en la menor medida posible la libertad de expresión.

Es decir que en igual razonamiento que el expresado por la Corte IDH, la Corte Constitucional Colombia coincide que la limitación o restricción a la libertad de expresión se da en la medida que exista una causa legal y que proteja una finalidad aceptable (honor, orden público, etc.), pero siempre que dicha restricción sea en la menor medida posible.

#### IV.3.4.2.3 *El concepto de “necesidad” en una sociedad democrática*

El derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, como se manifestó no es un derecho absoluto, puede ser limitado y restringido cuando existen causas previamente establecidas en la ley (que no son otras que las regladas en el art. 13.2 de la CADH, relativas a la reputación, seguridad, orden público, etc.) y cuando existen razones de bienestar general, bien común o de interés de todos (referidos a bienes jurídicos con mayor alcance de protección, tal los del art. 13.2 señalado), en la medida en que esa mayor protección sea necesaria para conseguir el fin que persigue.

Sin embargo, teniendo en cuenta que libertad de pensamiento y expresión, comprenden, el derecho a la información y la libertad de prensa, todos los que: “constituyen no solo derechos individuales sino que son el soporte sobre el que descansa el funcionamiento de la democracia”<sup>1336</sup>, de tal manera que no existe democracia -que ayuda a mantener distintos intereses en juego-, sin que exista libertad de expresión -que contribuye a resolver problemas complejos que se presentan en sociedad-; esa es la razón para que la libertad de pensamiento, expresión e información siempre tiendan a ser favorecidos en su realización, sometándose en su restricción una serie de requisitos relativos a la existencia de

---

<sup>1335</sup> Ibidem

<sup>1336</sup> José Asensi Sabater: “Derechos Fundamentales. Problemática General”. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004, p.51

causa legal y cuando la protección de otros derechos esté encamina a conseguir el fin que persigue.

Además de los dos requisitos señalados, existe un tercer requisito que de manera concurrente a los anteriores se debe dar, que es el concepto de “necesidad” dentro de una sociedad en democracia, que parte de una interpretación que realizó la Corte IDH, del art. 13.2 de la CADH que al referirse al derecho a la libertad de pensamiento y expresión señala que: “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben ... **ser necesarias para asegurar** ... la reputación de los demás ... la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”.

Los términos “ser necesarias para asegurar” previstos en el art. 13.2 de la CADH, han sido objeto de una interpretación sistemática o contextualizada por la Corte IDH, que en su razonamiento no se ha quedado con el alcance de esa previsión, sino que analizó los arts. 29 c) y d) y 32.2 de la misma Convención a la que pertenece la norma interpretada; pero además la interpretación se ha extendido al ordenamiento internacional al que se vincula, como es el art. 10 de la Convención Europea y el art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como se pasa a desarrollar.

Parte su razonamiento de normas de las CADH, que recogen el término “democracia”, así hizo mención a su Preámbulo que señala que los Estados reafirman “su propósito de consolidar ... instituciones democráticas ...fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”; asimismo se refirió al art. 29 inc. c) de ese cuerpo normativo, que indica que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de: “excluir otros derechos ... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”; también el art. 32.2 de la referida Convención, hace mención a que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”; finalmente como el art. 29 inc. d) de la CADH establece que ninguna disposición puede: “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”, se remite art. XXVIII de dicha Declaración, que al reconocer la posibilidad de limitación de

derechos reconoce que será solo: “por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”<sup>1337</sup>.

Del contenido de esas previsiones, se establece el contexto dentro del cual se debe interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2, debiéndose tener en cuenta: las "instituciones democráticas", "democracia representativa", "sociedades democráticas", “desenvolvimiento democrático”, sobre cuya base se llegará a determinar si la restricción o limitación a la libertad de expresión impuesta por un Estado es "necesaria para asegurar" uno de los objetivos mencionados en la misma norma, es decir la seguridad, el orden público, etc. que tienen que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas<sup>1338</sup>; finalmente se manifiesta que: “Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.”<sup>1339</sup>

Posteriormente la Corte IDH hace mención al art. 10.2 de la Convención Europea, norma que al referirse al derecho a la libertad de expresión, señala que podrá ser sometido a restricciones: “previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional ... orden ... salud o de la moral ... reputación...”.

Considera la Corte IDH que: “Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión "necesarias en una sociedad democrática", mientras que el artículo 13 de la CADH omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana”<sup>1340</sup>, es decir las normas señaladas en el preámbulo, el art. 29 inc. c), 32.2, 29 inc. d) con relación al art. XXVIII de la Declaración Americana, son previsiones que no tiene la Convención Europea.

Luego de la contrastación entre el art. 13.2 de la CADH, con relación al art. 10.2 de la Convención Europea, la Corte IDH, encuentra una serie de diferencias, que parten de constatar que el art. 13.2 de la CADH que: 1°) “contiene una lista

---

<sup>1337</sup> Se extrae de los párrafos 41 y 44, OC-5/85

<sup>1338</sup> Se entiende de lo manifestado de los párrafos 42 y 44, OC-5/85

<sup>1339</sup> Párrafo 44, OC-5/85

<sup>1340</sup> Párrafo 44, OC-5/85



más reducida de restricciones”<sup>1341</sup> autorizadas; 2º) omite el término como “necesarios en una sociedad democrática” y; 3º) cuenta con otras normas que orientan la interpretación relacionadas con el funcionamiento de instituciones democráticas, que permiten que el juicio de restricción sea “necesario para asegurar” las necesidades legítimas de sociedades e instituciones democráticas.

A diferencia de lo que sucede con el art. 10.2 de la Convención Europea, que: 1º) cuenta con una “la larga lista de restricciones autorizadas”<sup>1342</sup>; 2º) cuenta con el término “necesario en sociedades democráticas” y; 3º) “está formulado en términos muy generales ...sin una mención específica a lo “necesario en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la ... lista de restricciones”<sup>1343</sup>, vale decir que no cuenta con normas que orientan la interpretación relacionadas con el funcionamiento de instituciones democráticas.

Finalmente, luego del razonamiento la Corte IDH llega a la conclusión de que la comparación hecha entre el art. 13.2 de la CADH, con relación al art. 10.2 de la Convención Europea, se: “demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”<sup>1344</sup>.

No cabe duda que las garantías a la libertad de expresión contenida en los arts. 29 incs. c) y d), 32.2 de la CADH, con relación al art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son generosas - como han sido interpretadas por la Corte IDH en relación al art. 13.2 de la Convención-, pues tratan de favorecer hasta donde sea posible la realización del derecho al libre pensamiento, expresión o información, limitándose o restringiéndose a lo mínimo la formación de una opinión pública, como la libre circulación de las mismas, que será solo en la medida en que se requiera por los intereses de los demás.

Sin embargo también hay que considerar que cualquiera sea el escenario normativo que exista, la actividad jurisdiccional no se limita a la aplicación estricta de la norma, sino que a través de los distintos métodos de interpretación jurídica,

---

<sup>1341</sup> Se extrae del párrafo 45, OP-5/85, que hace mención al art. 13 de la Convención, que tuvo como modelo el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>1342</sup> Párrafo 45, OC-5/85

<sup>1343</sup> Ibidem

<sup>1344</sup> Párrafo 50, OC-5/85

el administrador de justicia sujeta su labor interpretativa a diferentes reglas admitidas por el derecho: “partiendo de una “interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de formación de la ley (interpretación histórica)”<sup>1345</sup>.

Es dentro de ese ejercicio, que el TEDH, como órgano jurisdiccional que resuelve controversias en el ámbito de su competencia, sobre la base del contenido normativo de la Convención Europea, también ha efectuado una labor interpretativa del art. 10.2 de dicho instrumento legal, realizando una interpretación por su finalidad o teleológica, para posteriormente construir una teoría que se ha llamado de la: “necesidad en una sociedad democrática”.

El TEDH entiende que para no ser contrario al CEDH, lo necesario en una sociedad democrática implica que la injerencia (al derecho a la libertad de expresión) debe darse por una necesidad social imperiosa y proporcional al fin legítimo perseguido, que será de alguna de las previsiones señaladas por el precepto del art. 10.2 del CEDH; es decir que el adjetivo “necesario” no puede ser un sinónimo de “indispensable”, pero tampoco es tan flexible como los términos “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable”, “oportuno”<sup>1346</sup>.

Al respecto se manifestó que: “la inclusión del concepto de necesidad de la teoría del margen de apreciación que deja a los Estados un terreno más o menos extenso de discrecionalidad a la hora de determinar hasta qué punto existe una necesidad imperiosa de restringir una determinada manifestación de la libertad de expresión”<sup>1347</sup>; con la actividad interpretativa que caracteriza a la Corte Europea, con relación a los Estados que son parte de la Convención Europea, ha llegado a realizar esa construcción teórica en abstracto o en concreto sobre la “necesidad en una sociedad democrática”, que con cierta discrecionalidad determina cómo o cuándo se debe llegar a limitar la libertad de expresión y; buscando el fin de la norma, establece las bases sobre las que se puede reducir -en lo mínimo- el derecho a la libertad de pensamiento, expresión o información<sup>1348</sup>.

---

<sup>1345</sup> Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán , pág. 2

<sup>1346</sup> Según se entendió en las Sentencias que se pronunciaron en los casos Handyside de 07 de diciembre de 1976 y Silver de 25 de marzo de 1983

<sup>1347</sup> Lezurtusa, citado por Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión*, op. cit. p. 281.

<sup>1348</sup> Llegándose a la misma conclusión, a la que hizo referencia la Corte Interamericana, en su párrafo 50, OC-5/85; es decir que no solo la Corte Interamericana, sino el Tribunal Europeo buscan reducir al mínimo la libre circulación de ideas.

La misma Corte IDH, señaló que el Tribunal Europeo, al interpretar el art. 10.2 de la Convención Europea manifestó en sus Sentencias que: “"necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna" ”<sup>1349</sup>; los términos de “necesidad social imperiosa” en una sociedad democrática, viene a constituir: “una llamada a la mensura por parte de las autoridades estatales, no para legitimar a *priori* un ámbito de actuación que se presuma como necesario cuando ella esté en peligro”<sup>1350</sup>.

Esos razonamientos han sido asimilados por la Corte IDH, cuando manifiesta que: “Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la CADH, sugiere que la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”, asimismo considera que para lograr ese objetivo: “debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”; es decir que: “no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones”, sino que de manera necesaria además: “deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13”<sup>1351</sup>.

Todo lo que implica que para procederse a la restricción a la libertad de expresión, no solo se necesita que por una parte la causa de la restricción sea legalmente fijada y por otra que la restricción sea establecida conforme al interés que la justifica, ajustándose al logro de ese legítimo fin; sino que además de esos dos requisitos, es imprescindible la “necesidad” social imperiosa de la restricción de la libertad, orientada a satisfacer un interés público, conforme a la finalidad legítima perseguida, con un propósito útil y oportuno; siendo esta la manera que la Corte IDH interpreta los términos: “ser necesarias para asegurar”, regulados en

---

<sup>1349</sup> Párrafo 46, OC-5/85; que se remitió a Sentencias emitidas por el Tribunal Europeo, tal: Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36.

<sup>1350</sup> Miguel Revenga Sánchez: “Algunos ...”, op. cit. p. 221

<sup>1351</sup> Todas estas apreciaciones, contenidas en Párrafo 46, OC-5/85

el art. 13.2 de la Convención, dentro de una sociedad que busca la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

El análisis del concepto necesidad en un Estado democrático, no solo se ha circunscrito al contenido del art. 13.2 de la CADH, sino que se ha ampliado al art. 13.3 del mismo instrumento normativo que prohíbe restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", restricciones que no solo se trata de: "gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles... particulares" que produzcan el mismo resultado", regulación que no existe (ni otra comparable) ni en la Convención Europea ni el Pacto<sup>1352</sup>.

Entiende la Corte IDH que la previsión del art. 13.3. de la CADH, debe ser leída junto al art. 1.1. del mismo cuerpo normativo, donde los Estados Partes "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos -en la Convención- ... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."; lo que implica que la violación que se podría producir al derecho a la libertad de expresión, puede ser resultado no solo de que el: "Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los "controles... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13."<sup>1353</sup>.

Finalmente, la libertad de expresión no puede ser restringida en forma directa por las autoridades del Estado, menos de manera indirecta; asimismo, el Estado asume la obligación de asegurar que la circulación de ideas y opiniones no sean restringidas no solo por sus autoridades, sino por parte de los particulares a los que controla por estar sujetos a su jurisdicción; aplicando el concepto de necesidad en un Estado democrático, elaborada por el Tribunal Europeo, asimilada por la Corte IDH.

Con referencia al otro requisito, relativo al concepto de "necesidad", la misma Corte Constitucional de Colombia, transcribió partes del párrafo 46 de la mencionada OC, relativa a la posición que asumió el Tribunal Europeo, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, cuando concluyó que: "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una

---

<sup>1352</sup> Se extrae de los párrafos 47 y 48, OC-5/85

<sup>1353</sup> Párrafo 48, OC-5/85

“necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”<sup>1354</sup>; además sobresalto la conclusión a la que llegó la Corte IDH, cuando manifestó que: “las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que ... preponderen ... necesidad social del pleno goce del derecho ... y no limiten más de lo estrictamente necesario ... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”<sup>1355</sup>.

Asimismo la Corte Constitucional de Colombia, también se manifestó sobre: “el carácter de necesidad que debe ostentar toda restricción a la libertad de expresión -ya sea en su aspecto de libertad de información o en su aspecto de libertad de opinión-”<sup>1356</sup>; aclarando los alcances del término necesidad para lo que hace una transcripción textual de la Sentencia del TEDH que concluyó que el término “necesarias” implica la “existencia de una necesidad social imperiosa”, caso ya referido en otra Sentencia de la Corte Constitucional del referido país.

Vale decir que la Corte Constitucional Colombiana, asumió de manera expresa, la doctrina de una necesidad social imperiosa, que fue construida por el TEDH y asimilada por la Corte IDH, que concluyó en la ineludible existencia de una necesidad social preponderante que justifique una restricción a la libertad de expresión, en el límite de lo necesario.

#### **IV.3.5 Ponderación de derechos (*balancing*)**

En el momento en que frente al derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, existen otros que por el bien jurídico que conllevan, gozan de mayor protección -tales los relacionados con el orden público, la seguridad nacional, la moral, etc.-, es indudable que entre ellos existe colisión y un grave conflicto, pues unos derechos terminan actuando como límite de otros.

Sería imposible que la ley prevea todas las fórmulas que sean aplicables para solucionar en cada caso concreto ese tipo de conflictos, en esa medida es

---

<sup>1354</sup> Punto 7, Consideración III, Sentencia C-010/00.

<sup>1355</sup> Ibidem

<sup>1356</sup> Punto 4.1.4.4.v, Sentencia T-679/05

importante la actividad de los jueces (ordinarios y/o constitucionales), quienes tienen la labor de realizar la correspondiente ponderación de los derechos en conflicto.

La llamada ponderación de bienes o de derechos en conflicto es un: “método propio de esta construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”<sup>1357</sup>.

También se consideró que: “la técnica de ponderación es una consecuencia del carácter no absoluto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”<sup>1358</sup>, por eso la ponderación de bienes, se estudia dentro de las restricciones que se producen al derecho a la libertad de expresión y pensamiento; en esa línea y con relación a ese tipo de restricción se manifestó que: “la ponderación de los contenidos y límites de la libertad de prensa en relación con el derecho al honor, la valoración de cada caso concreto, hecho por los jueces, es un método indiscutible”<sup>1359</sup>.

En consecuencia, la ponderación no se resuelve con normas legales, sino que se constituye en un método y una técnica de interpretación jurídica que realizan las autoridades jurisdiccionales, que son quienes analizando el caso concreto deberán resolver la colisión que se produce entre el derecho a la libertad de expresión con relación a otros derechos, que pueden contener bienes con mayor necesidad de protección jurídica.

No existe una norma jurídica, nacional o internacional, que señale cual sería la metodología que deberían seguir las autoridades nacionales y en su caso las internacionales, para realizar el correspondiente *balancing* o ponderación de bienes; sin embargo y a nivel jurisprudencial, la Corte IDH señaló que para realizar una ponderación se debe analizar: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”<sup>1360</sup>, llegándose a la

---

<sup>1357</sup> Según lo manifestado por Ignacio De Otto y Pardo, señalado por Rafael Saraza Jimena: *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidación y Propia Imagen*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 201.

<sup>1358</sup> Rafael Saraza Jimena: *Libertad de Expresión*, op. cit. p. 201.

<sup>1359</sup> Santiago Muñoz Machado: *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988, p. 16.

<sup>1360</sup> Párrafo 84, Caso Kimel vs. Argentina de 2008.

conclusión que en unos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de pensamiento, expresión e información y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra, orden público, seguridad u otro.

Es decir que, para establecer el grado de afectación de uno de los bienes (libertad de expresión -derecho de información-), con la importancia de la satisfacción del bien contrario (honor, reputación, seguridad, etc.) o viceversa, es necesario determinar si la satisfacción de uno, justifica la restricción de otro, al efecto y desde el inicio se lleva a cabo una ponderación, teniendo en cuenta que hay muchas circunstancias que se presentan en cada caso concreto, que permiten dar una solución, también a través de un *balancing* que se efectúa hasta el final de la decisión.

Corresponderá a los órganos judiciales (nacionales e inclusive a nivel de la instancia internacional) realizar una actividad de ponderación, en la medida en que en ambos casos se está frente a derechos con límites, de ahí se tiene que: “1.a) Honor, intimidad y propia imagen, no son derechos absolutos, pues, dentro de determinados márgenes ... pueden ser limitados por el ejercicio de la libre expresión ...”<sup>1361</sup>; a su vez, desde una perspectiva contraria se tiene que: “2.a) ... el ejercicio de estos últimos derechos tampoco es absoluto, pues, dentro de determinados márgenes de ponderación, puede ser limitado por el respeto a los primeramente enunciados.”

#### **IV.3.5.1 La libertad de expresión y su valor preponderante**

La tendencia general es favorecer a *prima facie* la libertad de expresión e información, que: “ostentan una posición preferente en caso de conflicto con otros derechos (en especial con los derechos a la personalidad), en aras de garantizar la opinión pública libre”<sup>1362</sup>; vale decir que la afectación de derechos que protegen otros bienes jurídicos (honra, reputación, etc.), solo puede ser válida cuando sea importante para la formación de la opinión pública; de ahí que cualquier análisis que al respecto haga una autoridad jurisdiccional -en la tramitación de cualquier tipo de proceso-, debe ser producto de una cuidadosa y rigurosa ponderación.

---

<sup>1361</sup> José Garberí Llobregat: *Los procesos ...*, op. cit. p. 65

<sup>1362</sup> Florentina Navas Castillo: “Libertad de expresión ...”, op. cit. p. 107

Las razones para el valor preponderante de la libertad de expresión, como la reducción al mínimo de su restricción, a través de una interpretación restrictiva y convincente que debe realizar el juzgador, ha sido expresada por el TEDH en 1991 -entre otros-, cuando haciendo mención a casos emblemáticos anteriores (de 1976, 1986 y 1991) manifestaba:

“la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática aplicable no sólo a la “información” o “ideas” que son favorablemente aceptadas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, conmocionan o molestan. La libertad de expresión, tal como aparece consagrada en el art. 10, se halla sometida a un conjunto de excepciones que deben interpretarse restrictivamente y cuya necesidad debe establecerse convincentemente”<sup>1363</sup>.

La Corte IDH luego de analizar el contenido del art. 13 de la CADH (con similar contenido al art. 10 de la Convención Europea), en 1985 concluyó que ese contenido normativo y su interpretación: “evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión ... las garantías de la libertad de expresión ... fueron diseñadas para ... reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de las ideas”<sup>1364</sup>; en consecuencia, como entendió la misma Corte IDH el 2004: “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”<sup>1365</sup>.

Es que la reducción a la libertad de expresión debe darse en forma limitada o en lo estrictamente necesario, porque la libertad pública libre y plural, asume una posición prevalente frente al derecho al honor y reputación de las personas, que en principio se considera como un límite a esas libertades; o lo que es lo mismo, como señaló dicha Corte el 2008 con: “la restricción (a la libertad de expresión) tendría que lograrse una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos”<sup>1366</sup>.

En esa línea de interpretación favorable del derecho a la libertad de expresión, limitada solo de manera restrictiva y que ha sido desarrollada por el

---

<sup>1363</sup> Como se manifestó en el Caso *The Observer and Guardian Vs. Reino Unido*, Sentencia de 26 de noviembre de 1991, en la que se hizo mención y se remitió a los Casos *Handyside* de 1976, *Sunday Times* de 1979 y *Oberschlick* de 1991.

<sup>1364</sup> Párrafo 50, OC-5/85

<sup>1365</sup> Párrafo 123, Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*

<sup>1366</sup> Párr. 84, Caso *Kimel Vs. Argentina*.



TEDH y la Corte IDH, ha sido asumida de manera implícita por la Corte Constitucional de Colombia, cuando considera que:

“La libertad de expresión goza de una especial protección ... ya sea bajo el aspecto de la libertad de información o bajo el aspecto de la libertad de opinión, pues ambos aspectos se conectan con el papel nuclear que desempeña la libertad de expresión en la vida social. ...Cualquier restricción que se pretenda hacer al derecho a la libertad de expresión debe estar justificada y motivada por la aspiración de alcanzar fines compatibles con la democracia y con el respeto por la dignidad humana.”<sup>1367</sup>

Lo que implica que de inicio la libertad de expresión está protegida, salvo que en el caso concreto de manera restrictiva y necesaria se justifique su limitación.

#### IV.3.5.1.1. *Relevancia pública de la información*

La ponderación del derecho a transmitir información, respecto a hechos o personas que tienen relevancia pública, con preferencia al derecho al honor e intimidad de las personas -que entran en conflicto-, se resuelve a favor o con prevalencia del primero, siempre y cuando ese derecho a transmitir información se refiera a asuntos públicos que son de interés general y que la información transmitida sea verdadera.

Por naturaleza, el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, se constituye en un pilar que sustenta el sistema democrático, pues asegura una opinión pública libre, necesaria para la realización del pluralismo político, que debe ser ejercido en relación a diversos asuntos que son de interés de todos, sea por las personas que intervienen, sea por las materias que traten o cualquier otra situación, todo lo que justifica su mayor protección.

Para que la libertad de expresión sea merecedora de esa protección jurídica mayor, inclusive frente a otros derechos como es el del honor, que no deja de tener la calidad de derecho subjetivo de la persona humana, con relación a opiniones e informaciones que son de interés público o general, es necesario que

---

<sup>1367</sup> Sentencia T-213/04; igual que en Sentencia 679/05.

esa libertad: “ha de circunscribirse su objeto a aquellas materias que sean consideradas de interés público”<sup>1368</sup> o de interés general o de todos.

Desde el punto de vista del sujeto de la información, debe diferenciarse si se trata de personas públicas, o al contrario de personas privadas; en el primer caso (personas públicas) se refiere a sujetos que tienen cierta relevancia social, por la actividad pública que desempeñan, en cuyo caso están sujetos de manera amplia a una crítica producto de una opinión pública, libre y plural, por su calidad de autoridad pública o por su condición de político, etc. por solo ese hecho, se encuentran sometidos a mayor control de sus actitudes por la opinión pública; así lo entendió el Tribunal Europeo, en Sentencia de 23 de abril de 1992, en el caso Castell, cuando señaló: “en un sistema democrático las acciones u omisiones de un político deben situarse bajo el control no solo del poder legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública”.

La línea que al respecto partió del Tribunal Europeo, fue asimilada por la Corte IDH en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (vinculado a un proceso penal al periodista por reportajes sobre un político)<sup>1369</sup>, en la que de manera expresa se asumió la posición de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, remitiéndose a unos de sus casos en los que se reconoció que: “Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular ... se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia”<sup>1370</sup>, asimismo se expresó que el derecho de protección a la reputación de los políticos: “tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”<sup>1371</sup>, finalmente se llegó a la conclusión que: “La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos”<sup>1372</sup>.

---

<sup>1368</sup> Iñigo Lazcano Brotóns: “Libertad de expresión”. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Ed. Civitas S.L., Madrid, 1ra. Edición 2004, p. 374 (2da. Edición 2009, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, p. 478)

<sup>1369</sup> Los hechos fácticos que motivaron la Sentencia, tiene como base una publicación en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático la comisión de hechos ilícitos graves; lo que dio lugar a la tramitación de un proceso penal con sentencia condenatoria, por difamación.

<sup>1370</sup> Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 125.

<sup>1371</sup> Ibidem

<sup>1372</sup> Ibidem

Asimismo, la Corte IDH en el mencionado caso complementó el razonamiento expresando: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”<sup>1373</sup>; vale decir que la Corte IDH, asume expresamente la posición del TEDH en el tema del interés general con relación al sujeto de la información (político).

En consecuencia, queda claro que en los casos de relevancia del interés público la Corte IDH ha venido: “desarrollando de manera consistente la tesis de que el mayor nivel de escrutinio a que se hacen merecedoras las autoridades en un sistema democrático vuelve crucial la presencia o no de un interés público en el caso específico”<sup>1374</sup>, a partir del cual se puede llegar a determinar si se está o no en una situación que corresponde o no sancionarse al emisor de las expresiones cuestionadas. En todo caso queda claro que con la posición que asume la Corte IDH hay: “fomento del debate público, de la transparencia de los organismos del Estado, del control por parte de la ciudadanía respecto de tal actividad y, en general, de la participación ciudadana”; siendo entonces indudable la afirmación en sentido de que el alcance legítimo de las expresiones es mucho mayor tratándose de la presencia de un interés público.

Otra es la situación que se da con relación a personas particulares o privadas, que aunque circunstancialmente se vean involucrados en cuestiones públicas, se debe proteger su derecho al honor por la privacidad que debe tener sus relaciones, a mucha diferencia de la misma situación por conductas de personales públicos que tiene trascendencia general.

Desde el punto de vista de la materia u objeto de la información, al margen de las personas, sean éstas públicas o privadas, en ese caso el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, tiene prevalencia cuando se ejerce sobre asuntos de interés de toda la colectividad, que permitan además a contribuir a la difusión de información y de formación de la opinión pública; recordando que la información debe darse sobre: “asuntos de trascendencia

---

<sup>1373</sup> Párrafo 127, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica; igual que en el párrafo 87, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1374</sup> Felipe Gonzáles Morales: “La Libertad de ...”, op. cit., p. 253.

general que cualquier ciudadano necesita para actuar como tal ... sino es imposible el pluralismo, si la información no es plena ni libre”<sup>1375</sup>; estos asuntos de trascendencia general, versan sobre materias que normalmente vienen cargadas de contenido político o están relacionadas a actuaciones de autoridades de instituciones democráticas de los diversos órganos del Estado.

La Corte IDH, en el Caso Kimel Vs. Argentina (el periodista, hizo conocer asuntos de interés público, como fue el comportamiento del Poder Judicial en épocas de dictadura militar)<sup>1376</sup>, señaló que: “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente”<sup>1377</sup>, es que quienes integran un órgano del Estado (como es el Judicial) sus actuaciones salen del campo privado e ingresan en esfera del debate público, aclarando que: “Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza”<sup>1378</sup>; refiriéndose a la materia u objeto de la información que está sometida a debate público.

Sea el interés general desde el punto de vista del sujeto de la información o desde el de la materia u objeto de la información<sup>1379</sup>, la Corte Constitucional Colombiana considera relevante el tema del interés público de ciertos actos comunicativos, porque: “se entremezcla con el interés de los receptores de la expresión ... las expresiones no se dirigen a un individuo o un grupo en particular ... en cualquier caso, tener en cuenta el interés del público en recibir las opiniones ... como la sumatoria de los derechos individuales ... expresiones sin interferencias indebidas por parte de autoridades o particulares”<sup>1380</sup>, lo que se constituye en un refuerzo a la necesaria protección de la libertad de expresión, asumiendo implícitamente la jurisprudencia de la Corte IDH. A su vez, el Tribunal

---

<sup>1375</sup> Santiago Muñoz Machado: *Libertad*, op cit. p. 153.

<sup>1376</sup> El Caso Kimel Vs. Argentina, tiene como hechos fácticos la situación que vivió Eduardo Gabriel Kimel, periodista que habría publicado un libro sobre “La masacre de San Patricio” (asesinato de cinco religiosos), criticando la actuación de las autoridades judiciales encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez que promovió querrela en su contra por el delito de calumnia, concluido el proceso penal, fue condenado a un año de prisión y multa de veinte mil pesos.

<sup>1377</sup> Párrafo 86, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1378</sup> Ibidem

<sup>1379</sup> En el primer caso se traten de personas públicas o privadas, o en el segundo al margen de las personas; como se manifestó

<sup>1380</sup> Punto 2.1.2.3., Sentencia T-391/07

Constitucional Plurinacional de Bolivia, recoge de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando señaló que: “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”, razón por la que consideran que la restricción a la libertad de expresión (por el delito de desacato), además agreda el principio de igualdad de los ciudadanos<sup>1381</sup>.

#### IV.3.5.1.2 *Principio de veracidad, exigible tratándose de la libertad de información (hechos) y no de la libertad de expresión (opiniones)*

Cuando la CADH en su art. 13.1 señala que la libertad de pensamiento y expresión: "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole", se está también refiriendo al derecho de todos a recibir información, o derecho de información, así entendió la Corte IDH<sup>1382</sup>.

Como se manifestó en este trabajo -cuando se hizo referencia a la noción y objeto de la libertad de expresión e información-, es necesario realizar una sutil pero importante diferencia que existe en estas dos expresiones de la libertad de las personas, para poder comprender a cabalidad el alcance de la veracidad de la información.

La libertad de expresión, como derecho subjetivo que gozan todos los seres humanos, implica ese derecho que tenemos a comunicarnos en forma libre, directamente o a través de un medio de difusión, haciendo conocer nuestros pensamientos, ideas y opiniones; ahora bien, junto a la libertad de expresión se encuentra: “el derecho a la información, que es, en cualquier caso una faceta de la libertad de expresión”<sup>1383</sup>.

En consecuencia, una de las facetas institucionales del derecho individual o subjetivo que caracteriza a la libertad de expresión, es el derecho a la información, que conlleva el derecho de los profesionales de la información de comunicar libremente la información sobre hechos noticiables o que suceden en

---

<sup>1381</sup> Transcripción textual del Caso Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, en la SCP 1250/2012 de 20 de septiembre, fundamento III.3.1.

<sup>1382</sup> Párrafo 30, OC-5/85

<sup>1383</sup> Ricardo García Macho: *Secreto profesional ...*, op. cit. p. 127.

la realidad (que pueden o no tener trascendencia pública) y, por otro lado el derecho de las personas de recibir esa información “veraz”.

Es un: “presupuesto de la libertad de expresión, el derecho a recibir información “veraz” por cualquier medio de difusión, puesto que ello va posibilitar la formación de la opinión pública”<sup>1384</sup>; constituyéndose la libertad de información en un derecho que permite la construcción de esa opinión pública libre, que: “surge por la existencia de medios de comunicación, que actúan con la mayor libertad posible”<sup>1385</sup>; de manera tal que el derecho a la libertad de expresión e información, la opinión pública y los medios de comunicación deben ser conservados y protegidos por los distintos órganos del Estado, pues sin ellos no se conseguiría una convivencia pacífica y justa entre gobernantes y gobernados, menos se lograría vivir en una sociedad en democracia.

Veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en una información, están bajo la responsabilidad del profesional de la información, que es el encargado de difundir noticias relativas a asuntos públicos; en este caso la libertad de información activa, a cargo del comunicador social - cualquiera sea el medio de difusión-, conlleva la obligación de difundir una información veraz<sup>1386</sup>, obligación que se: “conecta de forma directa con el derecho a investigar pues el principio de veracidad exige una diligente labor de averiguación de los hechos y con el derecho a recibir información, no cualquier información sino justamente información veraz”<sup>1387</sup>.

La diligencia en la averiguación de los hechos, conlleva un deber del profesional de información de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante oportunas averiguaciones, a través de conductas activas, porque lo que se manifiesta será transmitido como noticia y contribuye a formar opinión a los ciudadanos, quienes personalmente van asumiendo la veracidad o no de esa información; ahí radica la razón de la diligencia de la actuación profesional, por las consecuencias que puede tener la noticia en el comportamiento social.

Si no hay actuación diligente en la información y menos una información veraz, resulta legítima la restricción al derecho a la libertad de información; salvo

---

<sup>1384</sup> Ricardo García Macho: *Secreto profesional ...*, op. cit. p. 127

<sup>1385</sup> Alfredo Gallego Anabitarte: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Civitas S.A., 1994, Madrid, p. 173.

<sup>1386</sup> A diferencia del que tiene libertad de información pasiva o derecho a recibir aquella, como se manifestó anteriormente.

<sup>1387</sup> Alexandre H. Català i Bas: *Libertad de expresión*, op. cit. p. 106

que se haya probado que en la difusión de las noticias el comunicador no tuvo intención de infligir daño, o no contó con el pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas, o que el informador se condujo con manifiesta diligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas<sup>1388</sup>.

En el tema la Corte IDH manifestó que: “El ejercicio del periodismo ... requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”<sup>1389</sup>; caso contrario, cuando un periodista hace conocer noticias falsas producto de rumores o tiene una actuación negligente sin ninguna seriedad ni rigurosidad profesional, por falta de veracidad e irresponsabilidad en la actuación, no se protege el derecho a la información y justifica su restricción o limitación.

A su vez, el TEDH al referirse al principio de veracidad, exige que el relato de los hechos informados por un profesional, concuerden con la realidad, cuando expresa que: “la realidad de los primeros (los hechos) puede probarse”<sup>1390</sup>, en el mismo sentido de lo señalado el 2008 por la Corte IDH, cuando expresó: “la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos”<sup>1391</sup>, asumiendo de manera expresa la jurisprudencia de dicho TEDH<sup>1392</sup>.

En consecuencia, queda claramente establecido que incumbe a los profesionales de la información el deber de actuar en forma responsable y diligente, siendo su obligación probar razonablemente la veracidad de su información, relativa a hechos o noticias públicas que transmiten, destinada a la opinión pública que van construyendo y asumiendo los sujetos pasivos de la información o los receptores de ella; si no se logra esa comprobación, es legítima la restricción a la libertad de información.

Sin embargo no podría concluirse esta parte de la exposición relativa a la veracidad de la información que transmite un profesional de la información, si es que no se establece el alcance del término “veracidad”, que no puede ser entendida en un sentido exclusivamente gramatical como sinónimo de una verdad objetiva e incontestable de los hechos ciertos, pues no se trata precisamente de

---

<sup>1388</sup> Principio N° 10 de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión

<sup>1389</sup> Párrafo 72, OC-5/89

<sup>1390</sup> Sentencia Lingens, de 8 de julio de 1986

<sup>1391</sup> Párrafo 93, Caso Kimel vs. Argentina

<sup>1392</sup> Remitiéndose al Case Lingens v. Austria.

una información exacta, sino que la veracidad debe ser analizada desde dos puntos de vista.

Ese criterio también ha sido asumido por el Tribunal Constitucional del Perú, cuando expresó: “la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes”<sup>1393</sup>, lo que implica que la verdad viene a ser como una adecuación aceptable entre el hecho ocurrido y la información transmitida.

Por una parte, la veracidad debe constituirse en un reflejo, de esa necesaria diligencia -a la que se hizo mención- con la que debe actuar el profesional de la información, en la búsqueda de lo que es cierto, o lo que es lo mismo, la seriedad con la que se debe caracterizar el trabajo del informador, a fin de contrastar debidamente las fuentes de su información, en una labor que es delicada; por otra parte y en relación con lo anterior, la veracidad debe responder a la orientación de un debate libre y abierto, que sustenta las relaciones en democracia, ya que en relaciones de seres humanos perfectibles, pueden existir: “afirmaciones erróneas ... de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”<sup>1394</sup>.

El principio de veracidad en la información y la posibilidad legítima de la restricción del derecho a la libertad de la información cuando se viola dicho principio, es un razonamiento trabajado por el Tribunal Constitucional del Perú, al igual que por el Tribunal Europeo, cuando refiriéndose a la libertad de información manifestó que: “tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”<sup>1395</sup>; es decir que si los hechos difundidos no son veraces no hay protección a la libertad de información, que se relaciona con la delicada labor que desempeñan los profesionales de la información.

---

<sup>1393</sup> Punto 10, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC

<sup>1394</sup> S.T.C. 6/1998, F.J. 5.

<sup>1395</sup> Punto 11, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC



En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, asumiendo sin decirlo de manera expresa, los razonamientos de la jurisprudencia internacional señaló que: “la libertad de información está sujeta a las condiciones de veracidad”<sup>1396</sup>, así como manifestó que entre los deberes de los medios de información masiva y de los periodistas, está el de realizar una información veraz, pues cuando se presenta como cierto un suceso que no ha ocurrido o cuando se produjo la: “deformación de los hechos ... afecta de forma evidente el derecho de todas las personas a recibir una información veraz e imparcial”<sup>1397</sup>.

La deformación de los hechos resulta ser muy peligrosa, en la medida en que en los programas periodísticos o informativos, el oyente está predispuesto a que el medio presentará exclusivamente datos sobre hechos que han ocurrido, existiendo una: “actitud del receptor de estos programas a asumir como ciertas o verdaderas todas las informaciones que se le transmiten, por lo cual los riesgos de confusión y engaño son mayores”; en esa medida por responsabilidad social, y a fin de proteger el derecho de todos a una información veraz, es legítima: “que la ley prohíba a los noticieros inducir en error a sus oyentes”<sup>1398</sup>.

Al igual que los tribunales internacionales referidos, la Corte Constitucional Colombiana realiza una diferencia entre lo que es hecho con lo que es juicio de valor, para llegar a la conclusión de que se viola el principio de veracidad cuando: “un medio no distinga entre la información de un hecho y el juicio de valor que éste le merece, o haga aparecer como noticia fáctica lo que no es más que la mera publicidad de los productos de sus anunciadores”<sup>1399</sup> y cuando no informa de manera veraz un hecho o lo deforma, es legítima la restricción al derecho a la libertad de información.

La indicada Corte Constitucional, partiendo del hecho de que la restricción al derecho a la libertad de información debe ser adoptada de manera muy cuidadosa, considera en el caso concreto es donde hay que analizar si el profesional de la información -a través de los medios-, tuvo una intención dañina o negligencia para hacer pasar hechos falsos por verdaderos, cuando manifestó que la: “libertad de información sólo podrá ser objeto de restricciones cuando por

---

<sup>1396</sup> Punto 4.1.4., Sentencia T-679/05; al igual que lo expresado en el Punto 18, Sentencia T-213/2004, entre otras.

<sup>1397</sup> Punto 20, Consideración III, Sentencia C-010/00

<sup>1398</sup> Ibidem

<sup>1399</sup> Ibidem

parte de quién informa se deja de observar un deber de diligencia razonable, esto es, cuando de manera negligente no se realiza un esfuerzo por constatar y contrastar las fuentes consultadas o se actúa con el ánimo expreso de presentar como ciertos hechos falsos o cuando se obra con la intención directa y maliciosa de perjudicar el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre de otras personas.”<sup>1400</sup>.

Ahora bien, dejando de lado la libertad de información, donde la veracidad de la información de los hechos es determinante y tiene trascendencia, corresponde ahora referirse a la libertad de expresión, donde una persona manifiesta una opinión libre sobre cualquier tema, es decir expresa juicios de valor y no está sometido al principio de veracidad, pues la libertad de expresión al tener: “por objeto los pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor, posee, claramente, una naturaleza subjetiva que casa mal con el requisito de la veracidad”<sup>1401</sup>. En ese sentido ha razonado el TEDH cuando manifestó que: “respecto de los juicios de valor esta exigencia -de veracidad- es irrealizable y constituye por sí misma un atentado a la libertad de expresión”<sup>1402</sup>; asimismo la Corte IDH el año de 1985 manifestó que: “Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad ... puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”<sup>1403</sup>; a su vez, en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, se señaló que: “Condicionamientos previos, tales como veracidad ... por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

En consecuencia, las opiniones o juicios de valor de las personas - transmitidas directamente o a través de un medio de información-, no pueden ser susceptibles de prueba, pues como entiende la Corte IDH una exigencia de esta naturaleza: “entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención”<sup>1404</sup>. Esa es la razón por la que la Corte IDH en el Caso Kimel Vs. Argentina, considera: “Las

---

<sup>1400</sup> Punto 4.2.3, Sentencia T-679/05

<sup>1401</sup> Florentina Navas Castillo: “Libertad de expresión ...”, op. cit. p. 103

<sup>1402</sup> Caso Obershlick , Sentencia de 23 de mayo de 1991; igual Caso Lingens, Sentencia de 08 de julio de 1986

<sup>1403</sup> Párrafo 77, OC-5/85.

<sup>1404</sup> Párrafo 132, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica

opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo ... no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor<sup>1405</sup>; es decir que las opiniones expresan juicios de valor, que no afectan el derecho a la honra del querellante y por lo mismo no se puede lesionar la libertad de expresión del periodista.

En consecuencia queda claro que la Corte IDH ha asumido la posición en sentido de que la opinión que pueda tener cualquier persona (no un profesional de la información) respecto a los actos de los funcionarios públicos, no está sujeta al principio de la veracidad de la información -en la línea de lo razonado por el TEDH-. Sin embargo esta misma Corte no ha asumido “la doctrina de la real malicia” desarrollada por la CIDH, según la cual “una persona solo podría ser sancionada por expresiones emitidas respecto de funciones públicas o particulares que intervienen en asuntos públicos cuando haya actuado con temeraria despreocupación acerca de la veracidad o falsedad de sus dichos o haya emitido su expresión de manera deliberada a sabiendas de que lo señalado era falso<sup>1406</sup>.

A nivel de los países de la región andina, la Corte Constitucional de Colombia señaló de manera expresa que: “La jurisprudencia de la Corte IDH tuvo eco en las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana cuando se trata de la interpretación del artículo 20 de la Constitución que contiene el derecho a la libertad de expresión<sup>1407</sup>; nada más cierto que aquello, basta contrastar el desarrollo que realizó la Corte IDH (en el mismo sentido que el Tribunal Europeo), con relación al derecho a la libertad de expresión, aplicándose él: “principio más favorable a la libertad de expresión”<sup>1408</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, partiendo del hecho que: “la “verdad” se traduce en un concepto relativo, producto de la construcción de imaginarios y de sistemas de valores en la sociedad<sup>1409</sup>”, reconoce que dentro de cada grupo social, cada persona y cada sistema de la sociedad ofrecen versiones propias

---

<sup>1405</sup> Párrafo 93, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1406</sup> Felipe Gonzáles Morales: “La Libertad de ...”, op. cit., p. 260.

<sup>1407</sup> Punto 4.1.4, Sentencia T-679/05

<sup>1408</sup> Ibidem

<sup>1409</sup> Punto 18, Sentencia T-213/2004

sobre la realidad, que califica de verdaderas, en consecuencia: “No existe un monopolio sobre la verdad”<sup>1410</sup>.

Por esa razón, al referirse al derecho a la libertad de expresión, manifestó que: “la opinión no se orienta a describir hechos .... se exterioriza, más bien, una apreciación sobre los hechos<sup>1411</sup>”; lo que implica que las opiniones o juicios de valor de los hechos, son apreciaciones de tipo valorativo, que no están sometidas al principio de veracidad, razón por la que: “la libertad de opinión no parece posible exigir veracidad<sup>1412</sup>”, de manera tal que: “La 'verdad' se traduce en un concepto relativo ... No existe un monopolio sobre la verdad.”<sup>1413</sup>.

En virtud a lo razonado, dicha Corte Constitucional de Colombia considera que: “La exigencia de veracidad ... contenidas en el artículo 20 no pueden, por tanto, interpretarse de modo tal que se exija prueba incontrovertible acerca de que la información publicada o emitida sea verdadera o imparcial. De ser esto así, el precio de la verdad y de la imparcialidad sería el silencio y significaría una clara amenaza para la democracia.”<sup>1414</sup>; es decir que la veracidad de la expresión no es susceptible de prueba, pues de serlo así, se constituiría una limitación excesiva a la libertad de expresión.

Sin embargo de todo lo manifestado, el derecho a la libertad de expresión e información decae, en el momento en que la difusión de información se trata sobre materias que tienen un objeto privado o producto de relaciones entre particulares, intrascendentes para una opinión pública o carente de interés público; en tal caso la protección será sin dudar al derecho al honor, reputación y privacidad del particular.

#### IV.3.5.1.3 *Uso excesivo, responsabilidades ulteriores*

El uso excesivo del derecho a la libertad de pensamiento y opinión tiene como consecuencia responsabilidades ulteriores, entre las que se cuenta las responsabilidades penales<sup>1415</sup>, que implica que quienes se han excedido en la

---

<sup>1410</sup> Ibidem

<sup>1411</sup> Punto 4.1.4.4.i, Sentencia T-679/05

<sup>1412</sup> Ibidem; al igual que lo expresado en el Punto 18, Sentencia T-213/2004, entre otras.

<sup>1413</sup> Punto 4.1.4.4.ii, Sentencia T-679/05

<sup>1414</sup> Punto 4.1.5.; Sentencia T-679/05

<sup>1415</sup> Pues, como se manifestó, existen otras como: secuestro judicial, cortes de transmisiones, suspensión temporal del servicio o de la profesión, etc. etc.

manifestación de sus opiniones, pueden afectar a otros que se consideran injuriados o calumniados, los que a su vez inician en contra de los primeros procesos penales.

Con relación a las medidas de tipo penal, la Corte IDH considera que: “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”<sup>1416</sup>, pero para aplicar esta medida: “es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”<sup>1417</sup>. Además la Corte IDH considera que en un proceso penal: “se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta ... que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”<sup>1418</sup>.

Teniendo en cuenta que cuando el ejercicio a la libertad de expresión ha resultado abusivo y excesivo, se abre la vía penal, a través de la cual se busca proteger el honor u otros derechos relacionados, en tanto y en cuanto la: “la injerencia o intromisión pueda ser constitutiva de delito, persiguiendo el acusador particular la imposición de una pena”<sup>1419</sup>; esto da lugar a entender que la medida penal es viable cuando se ha respetado el principio de legalidad penal y se ha llegado a la conclusión de que la medida impuesta excepcionalmente ha provocado una moderada afectación de la libertad, que se justifica teniéndose en cuenta la conducta del que se excedió en el ejercicio del derecho de expresión y la necesaria satisfacción del otro derecho (honra, orden público, etc.).

Sin embargo de lo manifestado, también la Corte IDH entiende que las sentencias que se pronuncian dentro de un proceso penal, pueden llegar a producir: “un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”<sup>1420</sup>; el efecto disuasivo denominado por la Corte IDH en el año 2004, ya había sido desarrollado por el TEDH el año de 1995 con el nombre de efecto disuasorio - que viene a ser lo mismo-, que implica la idea de que la vía penal debe ser moderadamente utilizada, para evitar que la misma (vía

---

<sup>1416</sup> Párrafo 78, al igual que en el 89, Caso Kimel vs. Argentina

<sup>1417</sup> Párrafo 63, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1418</sup> Párrafo 78, Caso Kimel Vs. Argentina

<sup>1419</sup> José Garberí Llobregat: *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidación y la propia imagen*. Ed. Bosch S.A., Barcelona, 2007, p. 54

<sup>1420</sup> Párrafo 133, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de julio de 2004

penal) tenga efectos disuasorios del ejercicio de la libertad de expresión en la actividad pública, debiéndose extremar el examen de la necesidad y proporcionalidad de la medida, para aplicar los límites con especial cautela y rigurosidad<sup>1421</sup>.

La proporcionalidad en materia penal (dentro de los efectos disuasivo o disuasorio), también es uno de los elementos que de manera accesoria<sup>1422</sup> ayuda en la ponderación de derechos; así la Corte IDH, reconociendo que el: “Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”<sup>1423</sup>, vino refiriéndose esa proporcionalidad cuando expresó que: “la persecución penal es una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática”<sup>1424</sup> que priva de manera innecesaria el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al establecer: “sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>1425</sup>.

Como consecuencia en un proceso penal en el que se desconoce la proporcionalidad del hecho juzgado y la sanción, al imponer penas desproporcionadas, provoca efecto disuasivo o disuasorio en la vía, siendo: “consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal ... demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves”<sup>1426</sup>; en tal caso, el proceso penal resulta ser atemorizador para quién expreso una opinión, lo que hace que se restrinja el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, siendo esa circunstancia la que amerita su protección.

---

<sup>1421</sup> Sentencia de 13 de julio de 1995, Caso Tolstoy Miloslavsky; Sentencia de 25 de mayo de 1998, Partido Socialista c/ Turquía

<sup>1422</sup> Entre las formas principales que se pondera el derecho, están: el interés general, la veracidad y las expresiones utilizadas; a las que se hará referencia con posterioridad

<sup>1423</sup> Párrafo 104, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay de 2004; Párrafo 79, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005

<sup>1424</sup> Párrafo 88, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile

<sup>1425</sup> Ibidem

<sup>1426</sup> Párrafo 85, Caso Kimel Vs. Argentina.

#### **IV.3.5.2 Necesidad de proteger el honor, reputación, orden público y otros**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XXVIII, establece que los derechos de los demás se constituyen en un límite de los derechos, así tratándose del derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información, éste tiene como límite el derecho de los demás, pues debe darse contribuyendo a la formación de una opinión pública libre, que solo existe cuando ese derecho se lo ejerce de la manera más respetuosa para la dignidad humana, cuidándose la reputación y el honor de los demás. Además del derecho al honor de las personas frente a la libertad de expresión, existen otros bienes jurídicos dignos de protección como son la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, en el marco de lo regulado por el art. 30 con relación al art. 13.2 de la CADH.

Tratándose del derecho al honor de las personas, puede éste entrar en colisión con la libertad de expresión, que tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones; a partir de ello, no es admisible que en el fondo de las expresiones, vayan acompañados de juicios de valor negativos, respecto de la persona sobre la que se está opinando, pues en tal caso: “el proceso de formación de la opinión pública está sufriendo agresiones que permiten cuestionar frontalmente la forma de una auténtica opinión pública libre”<sup>1427</sup>; en consecuencia, la ausencia de expresiones injuriosas o desmedidas, son necesarias para un juicio crítico, limitándose la protección a la libertad de expresión cuando la opinión se da lesionando de manera innecesaria la dignidad personal.

No es simple dar una definición del derecho al honor, por las múltiples relaciones que puede conllevar el mismo, por ejemplo con el derecho a la intimidad de las personas y familia, el prestigio profesional, etc.; tratando de definirlo, se expresó que: “El honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad”<sup>1428</sup>, así entendido como un derecho absoluto e

---

<sup>1427</sup> Artemi Rallo Lombarte: “Derechos y Constitución”. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004, p.75

<sup>1428</sup> Berdugo Gómez de la Torre: “Revisión del contenido del bien jurídico honor” en *A.D.P.*, 2984. p. 313.

intocable, que conlleva la obligación de todos de respetar la reputación de los demás.

Pueden presentarse conflictos, entre el derecho al honor, con otros relacionados, por estar en la misma dirección, como son la intimidad personal y familiar, la propia imagen y otros, frente a abusos que se han generado en el ejercicio ilegítimo de esos derechos; conflictos que tratan de tener base de resolución en la legislación y en todo caso en la interpretación que de los mismos hagan las autoridades jurisdiccionales al momento de resolver esas controversias.

Pero los conflictos del derecho al honor no son solo a ese nivel, sino que se enfrentan con otros derechos como es el de la libertad de pensamiento, expresión e información, que se encuentran en sentido contrapuestos, en la medida que el derecho, se vaciaría de contenido frente a unas: “libertades de información y expresión ejercidas en forma abusiva, sin ninguna limitación, impedirían la existencia efectiva de un derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen”<sup>1429</sup>.

En ese sentido el TEDH el 2006, manifestó que: “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”<sup>1430</sup>; este criterio ha sido expresa y específicamente asumido por la Corte IDH, que el 2008, recoge esa jurisprudencia, al hacer referencia a la posibilidad de asumirse cualquier medida penal a propósito de la libertad de expresión (en forma excepcional), siempre y cuando se la pondere con cautela, analizando la gravedad de la conducta desplegada por quién se excedió en su libertad de expresión<sup>1431</sup>.

Siguiendo esa línea la Corte IDH considera que: “Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección”<sup>1432</sup>; es decir que en ciertas circunstancias la balanza y la protección se inclinará hacia satisfacción del

---

<sup>1429</sup> Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades...*, op cit. p. 263.

<sup>1430</sup> Caso Mamere Vs. Francia, Sentencia de 07 de diciembre de 2997, párr. 27.

<sup>1431</sup> Párr. 78, Caso Kimel Vs. Argentina.

<sup>1432</sup> Párrafo 86, Caso Kimel Vs. Argentina



bien contrario al de la libertad de expresión, que no es otro que la protección del derecho a la honra y reputación de una determinada persona.

No hay duda pues que el derecho al honor y la reputación de las personas, responde a valores constitucionalmente consagrados como es el de la dignidad del ser humano, por lo que puede llegar a constituir un límite a las libertades de expresión e información; siendo además evidente que la legislación penal otorgar amplia protección a la buena fama de las personas, sancionando conductas tipificadas como calumnia, injurias, etc.

En las tensiones que se producen entre la libertad de expresión con derechos constitucionales vinculados a la honra, al nombre, al honor de una persona, pese a que a *prima facie* de la libertad de expresión goza de mayor protección frente a esos derechos constitucionales; sin embargo la Corte Constitucional de Colombia, siguiendo a la jurisprudencia internacional, también consideró que la libertad de expresar y difundir pensamientos: “permite, por lo mismo, cuestionar y criticar directamente, inclusive llegando al nivel de la exageración”<sup>1433</sup>, sin embargo el límite a ese comportamiento se establece: “cuando dicho cuestionamiento y crítica, alcancen niveles del insulto o ... resulten absolutamente desproporcionadas ... demuestre la intención clara de ofender sin razón alguna o un ánimo de persecución desprovisto de toda razonabilidad, se activa un control intenso sobre las opiniones emitidas”<sup>1434</sup>, es que “sólo opiniones insultantes o absolutamente irrazonables, serán objeto de reproche constitucional”<sup>1435</sup>, en tal caso consideró que sólo se trata de opiniones insultantes que merecen tal reproche, sino también se tratará de: “opiniones que, a la luz de los hechos, resultan excesivamente exageradas, siempre y cuando tengan como propósito directo cuestionar a la persona en sí misma.”. Estas razones extremas permitirán salir de la regla (protección) y entrar a la excepción (no protección a la libertad de expresión), o lo que es lo mismo, se quebraría el principio de presunción de primacía de la libertad de expresión y se daría protección a otros derechos constitucionales en conflicto.

Con relación a la primacía del honor, la reputación, el buen nombre y otros frente al derecho a la libertad, la referida Corte Constitucional ha precisado que:

---

<sup>1433</sup> Punto 20, Sentencia T-213/2004

<sup>1434</sup> Ibidem

<sup>1435</sup> Punto 15, Sentencia T-213/2004

“el derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”<sup>1436</sup>, es que la afectación del buen nombre se puede originar por una información falsa o errónea y que, a consecuencia de ello, se genera la distorsión del concepto público.

Refiriéndose a ese buen nombre y al honor, la indicada Corte Constitucional de Colombia manifestó que:

“La garantía de protección de estos derechos puede verse muy afectada en el evento en que de manera dolosa, injustificada y arbitraria alguien se proponga difamar o desprestigiar la buena imagen que con tiempo, constancia y resultados efectivos, en cumplimiento y servicio, ha logrado configurar una empresa determinada.”<sup>1437</sup>,

Asimismo, dicha Corte recuerda también que es necesario que el: “derecho al buen nombre y a la honra de las personas individuales y jurídicas cuya protección deba ser garantizada no sólo por las autoridades públicas sino por toda la sociedad en general”<sup>1438</sup>; esta obligación de respeto del derecho a la honra y buen nombre de las personas por parte de particulares como de autoridades del poder público, no obsta a que esas personas realicen el esfuerzo que sea necesario para cuidar y conservar su buen nombre y honra, de manera tal que todos (titulares, personas particulares y públicas), respeten este derecho y de todas las personas.

## **IV.4. DERECHO A LA IGUALDAD**

### **IV.4.1 Marco normativo internacional**

En el ámbito Universal, en la Carta de las Naciones Unidas, suscrita el 26 de junio de 1945, los derechos humanos, al igual que los desarrollos sobre la igualdad y la no discriminación, se constituyen en un “un hilo dorado”<sup>1439</sup>, al establecerse como un

---

<sup>1436</sup> Sentencia C-489 de 2002

<sup>1437</sup> Punto 4.2.3, Sentencia T-679/05

<sup>1438</sup> Ibidem

<sup>1439</sup> John Humphrey, citado por Dinah Shelton: “Prohibición discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, disponible en [www.anuarioodh.uchile.cl](http://www.anuarioodh.uchile.cl), p. 17

propósito el fomentar: “el respeto al principio de la igualdad de derechos”, así como realizar el: “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”<sup>1440</sup>, lo que implica la no discriminación.

Dichas manifestaciones reflejan: “el principio de igualdad y de no discriminación constituye un elemento fundamental del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>1441</sup>, ambos principios se encuentran estrechamente relacionados y resulta algo difícil llegar a establecer con precisión los puntos de contacto o las diferencias entre los mismos, pues ambos: “se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución”<sup>1442</sup>, también se expresó que: “la prohibición de discriminación (es) como una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad”<sup>1443</sup>, asimismo se ha llegado a considerar que: “el principio de no discriminación es una manifestación instrumental o de garantía del principio de igualdad de trato”<sup>1444</sup>.

De lo referido se tiene que la vigencia del principio de igualdad se asegura con la realización del principio de no discriminación, al ser inaceptable la existencia de conductas discriminatorias, que es lo que garantiza la presencia del principio de igualdad; o lo que es lo mismo, la igualdad refleja el aspecto positivo de la no discriminación, a su vez la discriminación expresa el aspecto negativo de la igualdad, pero ambas (igualdad y no discriminación) conllevan a asegurar la vigencia del derecho mismo, como un sistema de normas que asegura la justicia y el bienestar general de todos los seres humanos.

Con la finalidad de promover la igualdad o de eliminar todas las formas de discriminación, en reiteradas oportunidades en la Carta de la ONU mencionada, luego de referirse a: “derechos humanos y libertades fundamentales”, vienen las palabras relativas a: “sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o

---

<sup>1440</sup> El art. 1.2 y 3 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>1441</sup> Iñigo Lazcano Brotóns: “Prohibición de la discriminación”. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. 2da. Edición, Ed. Thomson Reuters y Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 917.

<sup>1442</sup> Como manifestó el Juez Piza Escalante de la Corte IDH, en el voto separado (párr. 10) que dio con relación a la OC-4/84.

<sup>1443</sup> Claudio Nash R. y Valeska David C.: “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Derechos humanos y juicio justo*, Ed. Red Interamericana de Gobernabilidad y derechos humanos y COLAM - Organización Interamericana Universitaria, Lima-Perú, p. 163.

<sup>1444</sup> Nicolás Espejo, citado por Claudio Nash R. y otra, op. cit. supra, p. 162.

religión”<sup>1445</sup>; es decir que los derechos y libertades de todos se gozan en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Sobre la base de la Carta de la ONU, se emitió la DUDH de 10 de diciembre de 1948, que de inicio señala que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, esta previsión sustenta una trilogía: dignidad humana, libertad e igualdad, que se constituyen en principios básicos de toda convivencia política, también resultan ser: “la base de la mejor tradición de iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos”<sup>1446</sup>.

La existencia de los principios de libertad e igualdad, el último en vinculación con el principio de no discriminación, están desarrollados en el art. 2.1 de la indicada Declaración, que establece que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, toda persona que por ser tal es un ser que goza de dignidad, principio que asegura: “la cualidad del ser humano de ser único e insustituible, de tener sustantividad social por sí mismo y, en consecuencia, de ser valioso en sí mismo, por su condición humana”<sup>1447</sup>, actuando con autonomía e independencia a cualquier tipo de imposición de cualquier conducta o pensamiento (principio de libertad), así como en un plano de igualdad con relación a otros seres humanos, sin distinción de ninguna naturaleza (principios de igualdad y de no discriminación).

Entre las normas del derecho internacional de derechos humanos, está la concepción normativa del individuo que siempre debe tener un trato digno, libre e igual, en esa medida, la DUDH, en su art. 7, reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, así también reconoce que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación; al respecto la Corte IDH considera que: “el principio de igualdad

---

<sup>1445</sup> Relativas a la Cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario; relaciones entre naciones y principio de igualdad; objetivos de la administración fiduciaria. Todo conforme establecen los arts. 13-1.b, 55.c y 76.c de la Carta de la ONU, respectivamente.

<sup>1446</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos ...*, op cit., p. 145.

<sup>1447</sup> Manuel Martínez Sospedra: *Manual de derecho constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 291.

ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico”<sup>1448</sup>.

En otros preceptos de la DUDH se reconoce que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída por un tribunal independiente e imparcial; se hace referencia expresa al derecho a contraer matrimonio “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”; al hacerse mención al derecho al trabajo se indica que: “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”<sup>1449</sup>.

También dentro del ámbito universal, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, al referirse a las obligaciones de los Estado parte, señala que está la de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y jurisdicción: “los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; a su vez, se ha regulado que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”<sup>1450</sup>.

Las regulaciones señaladas, han dado lugar a interpretaciones por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quienes han señalado que: “Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. ... A juicio del Comité, el artículo 26 ... establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho ... se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus

---

<sup>1448</sup> Párrafo 185, Caso Yatama Vs. Nicaragua (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005).

<sup>1449</sup> Arts. 10, 16 y 23, respectivamente, de DUDH.

<sup>1450</sup> Arts. 2.1 y 26 del PIDCP.

leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla ... (que la) ley no sea discriminatorio”<sup>1451</sup>.

En esa perspectiva, la obligación de no discriminación regulada en la primera norma (art. 2.1 PIDCP), alcanzaría únicamente a todos los derechos consagrados en ese Pacto; a diferencia de la previsión de la segunda regulación (art. 26 PIDCP), cuya prohibición de no discriminación no se reduciría a los derechos previstos en el PIDCP sino que sería aún más extensiva, al alcanzar además a cualquier norma legal que se apruebe en cada uno de los Estados parte, como un derecho autónomo de cada Estado.

Entre otras previsiones del PIDCP, se garantiza a: “hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”; se establece la prohibición de: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”<sup>1452</sup>.

En el ámbito regional europeo, el art. 14 del CEDH regula: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”; esta norma se sustenta el postulado general de igualdad de todos los seres humanos, reconocido en el art. 1 de la DUDH de 1948, sin embargo de ello: “no consagra el principio general de igualdad, sino que establece la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo”<sup>1453</sup>; como se verá en el desarrollo del presente trabajo, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación son conceptos diferentes (en el momento de su emergencia histórica, en su sentido y alcance), sin embargo están estrechamente vinculados, en una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de no discriminación).

Dentro de los procesos de integración que se dieron en la comunidad europea<sup>1454</sup>, sus miembros se han sometido a la Carta de los Derechos

---

<sup>1451</sup> Párrafo 12, Observación General N° 18, “No discriminación: 10/11/89”, 37º período de sesiones, 1989.

<sup>1452</sup> Arts. 3 y 20.2 PIDCP.

<sup>1453</sup> Encarna Carmona Cuenca: “La prohibición de discriminación. Nuevos Contenidos”. *La Europa de los Derechos. ...*, op. cit., p. 734.

<sup>1454</sup> Los procesos de integración que se dieron en la Unión Europea, se iniciaron en 1951 por seis Estados (cuando se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero), en 1957 su suscribe el Tratado de Roma (que forma parte de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica), en 1987 se suscribe la denominada Acta Única, para posteriormente

Fundamentales de la Unión Europea, suscrita en Niza en 07 de diciembre de 2000, cuya regulación tiene un alcance más amplio que el principio de no discriminación consagrado en el referido art. 14 del CEDH<sup>1455</sup>, pues esta Carta contiene: “interpretaciones más progresivas de la igualdad que se han producido en el Derecho Comunitario y en la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como de los Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros de la Unión Europea”<sup>1456</sup>; así en el art. 20 de manera muy simple se consagra el principio general de igualdad cuando se indica que: “Todas las personas son iguales ante la Ley”, ya son otras previsiones como el art. 21, que se refiere al principio de “no discriminación”, en sentido similar al señalado art. 14 del CEDH.

A su vez, en el ámbito regional americano está la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, cuyo preámbulo parte del hecho de que: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, acá se hace referencia a la trilogía dignidad, libertad e igualdad; en su regulación se establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”<sup>1457</sup>, expresamente reconoce a favor de todas las personas, los derechos reconocidos en la Declaración Americana sin discriminación, implícitamente establece la obligación de todos los Estados de

---

adoptarse otros Tratados (de Maastricht de 1992, reformado por los Tratados de Amsterdam de 1997 y Niza de 2000). Esta integración progresiva contenida de manera formal en instrumentos internacionales, se materializa cuando se evidencia que la misma: “al principio se trataba de una cooperación económica y técnica, posteriormente reforzó su legitimidad democrática con la primera elección directa del Parlamento Europeo, y durante los últimos años puso en marcha un mercado único de mercancías, personas, servicios y capitales, al que en 1999 se añadió una moneda única, el euro, que desde el 1º de enero de 2002 se ha convertido en una realidad cotidiana.”, como reconoce Juan Antonio Carrillo Salcedo: “El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” en *La Toga* N° 152 Enero/Febrero, 2005, p. 49.

<sup>1455</sup> Resulta ser un tema pendiente, el que las comunidades europeas -de hecho y de derecho sometidas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- se adhieran a la CEDH, esa posibilidad ha sido negada por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por algunos doctrinarios –como Araceli Mangas Martín-, cuestionados en su posición por Carrillo Salcedo, para quién: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el CEDH son instrumentos jurídicos complementarios, y de ahí que ... el tema de la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH, no deben ser interpretados como una alternativa (o Carta o adhesión al CEDH) sino de cómo complementario, esto es, catálogo propio de los derechos humanos en la Unión Europea, y, además, adhesión al CEDH”; así ha señalado: Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Anuario de Derecho Europeo*, N°. 2, 2002, pp. 109-116, p. 116.

<sup>1456</sup> Encarna Carmona Cuenca: “La prohibición ...”, op. cit., p. 759.

<sup>1457</sup> Art. II de la DADH.

América de pronunciar leyes internas sin desconocer el principio de igualdad y de no discriminación,

La CADH de 22 de noviembre de 1969, en su art. 1.1. establece que los Estados partes deben respetar los derechos y libertades, garantizando su ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción: “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; asimismo, el art. 24 de dicho instrumento regional señaló que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”; ambas previsiones regulan el principio de igualdad y también la prohibición de discriminación, habiendo sido interpretadas por el órgano jurisdiccional de la región, que no es otro que la Corte IDH, que manifestó:

“53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado ... cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención ... En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes ... éstos se han comprometido ... a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”<sup>1458</sup>.

Si bien la previsión del art. 1.1. de la Convención tiene como antecedente inmediato el art. 2.1 del PIDCP (siendo la regulación casi exacta), sin embargo la interpretación que de dichas normas realizan la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU tiene cierta variación; así el último órgano de los nombrados reconoce un carácter limitativo o restrictivo de la norma (a solo los derechos del PIDCP), a diferencia de la Corte IDH que más bien entiende la existencia de un carácter general en la regulación, en la medida que todos los Estados americanos deben garantizar el ejercicio de todos los derechos de la Convención sin discriminación.

---

<sup>1458</sup> Párrafos 53 y 54, OC-4/84; razonamiento que ha sido reiterado posteriormente, así en el párrafo 348, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009; igualmente en: párrafo 379, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009.



En la regulación del art. 24 de la Convención, se ha variado el sentido de su antecedente que no es otro que el art. 26 del PIDCP, que al referirse a la igualdad ante la ley, establecía expresamente que la ley prohibirá toda discriminación por motivos de raza, color, etc., lo que conllevaba de manera implícita la obligación de cada Estado de emitir leyes que contribuyan a acabar toda situación discriminatoria dentro de cada Estado; sin embargo al haberse eliminado en la regulación de la Convención la prohibición de discriminación por motivos de raza, color, etc., da lugar a un sentido diferente a su precedente, pues ya no hay una obligación implícita (de dictar normas dentro del derecho interno de cada Estado, destinadas a que con ellas se termine con la discriminación) sino una potestad de cada Estado, de hacerlo o no.

Si bien es cierto que las normas de los arts. 1.1. y 24 de la Convención, son la base y el sustento del principio de igualdad y principio de la prohibición de no discriminación, sin embargo no es menos cierto que existen muchas otras normas de ese instrumento regional, que hacen referencia de manera directa o no, a los referidos principios o que se encuentran destinadas a asegurar la prohibición de discriminación en diversos campos o la necesidad de garantizar un diferente trato en situaciones que no son iguales sino diversas, como se pasa a señalar.

El art. 4.2 de la CADH al referirse al derecho a la vida, en los países que no se abolió la pena de muerte no podrá haber esa sanción con relación a determinadas personas (menores y mayores de 18 y 70, respectivamente, mujer embarazada); el art. 13.5 prohíbe apología del odio, sea por raza, color, etc.; el art. 17.2 se reconoce los derechos del hombre y la mujer para contraer matrimonio, si reúnen las condiciones requeridas (que no deben ser discriminatorias); el art. 17.4. consagra la igualdad de derechos de los cónyuges; el art. 23.1 reconoce la igualdad en los derechos políticos; el art. 23.2 con relación a los derechos políticos autoriza diferencia de trato por razones de edad, nacionalidad, etc. y; el art. 27 norma la suspensión de garantías en caso de guerra u otros, siempre que no entrañe discriminación.

#### **IV.4.2 Desarrollo histórico (desde la igualdad formal hacia la igualdad material)**

La igualdad, es un término que ha sido utilizado durante toda la historia de la humanidad, dándose diversas significaciones e interpretaciones, de acuerdo al momento histórico, en el contexto jurídico, social, político y económico en el que se ha generado y desarrollado; al existir diversas épocas, influidas con múltiples variables, no resulta simple determinar el desenvolvimiento que tuvo la igualdad en la historia de la humanidad.

Desde la antigüedad, se estableció una relación estrecha entre la igualdad y la justicia, así Aristóteles concibió a la justicia como la igualdad, cuando señalaba: que: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad para ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”<sup>1459</sup>, lo que en cierta manera implicaría que los términos igualdad y justicia -si bien no son sinónimos-, permitirían su utilización como expresiones con un sentido equivalente, en la medida que cuando exista una situación que sea contraria al sentido y contenido de la igualdad, se está frente a una injusticia notoria o viceversa<sup>1460</sup>; criterio de justicia que inicialmente se comprende como un valor moral que consiste en el logro de la igualdad entre todos los seres humanos.

La igualdad, del campo moral (vinculado a la idea de lo que es justo) ha sido llevada al ámbito político, relacionándola con la libertad y la dignidad; esto se dio en la época de la Revolución Francesa de 1789 (durante el siglo XVIII), cuando en el pueblo surge una necesidad, que era el limitar el poder absoluto que hasta ese entonces tenía el monarca; de manera paralela nace en los ciudadanos un sentimiento de confianza hacia lo que es expresión de la voluntad general, tal la actuación de los parlamentarios (elegidos por el pueblo al que representaban), que eran los encargados de emitir leyes por igual y para todos, siendo: “La igualdad ante la ley una de las reivindicaciones fundamentales de los

---

<sup>1459</sup> Aristóteles: *Política*, Libro II, 1280 a, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1985.

<sup>1460</sup> Esas apreciaciones, sin ningún tipo de matización, no tienen en cuenta que para equilibrar y lograr la justicia, muchas veces es necesario que el trato sea de manera desigual, pues solo así se consigue una igualdad real.

revolucionarios liberales, hasta el punto de que ... quedo inscrita en el lema del Estado surgido de la revolución francesa”<sup>1461</sup>.

Por una parte, la igualdad ante la ley, está basada en dos principios esenciales, cuales son la dignidad y su consecuencia necesaria, que es la libertad, así se manifestó que: “La dignidad humana resultaría menoscabada si el desarrollo de la personalidad fuere impuesto a cada individuo ... (a su vez) ... libertad supone ... ausencia de coerción o imposición al menos en aquella esfera de acción más estrechamente vinculada a la personalidad”<sup>1462</sup>, es decir que no es compatible con la dignidad de un ser humano, el que su desarrollo no sea consecuencia de su libertad o que su autodeterminación (en cuanto a sus pensamientos o su conducta) fuere impuesta.

Por otra parte, la consagración a la igualdad ante la ley (en el marco del respeto de la dignidad y de la libertad), respondía a la necesidad de que deje de tener vigencia el anterior régimen, que se caracterizaba por la existencia de una pluralidad de leyes, que desconociendo el principio de igualdad, eran aplicadas por los tribunales de manera diferente, en virtud de las características particulares de quién era el destinatario de la norma. El lograr acabar con ese sistema que se caracterizaba con un ordenamiento diverso, dividido y aplicado de manera disímil, era el motor que impulsaba: “igualar a todos los ciudadanos frente a la ley ... uno de los objetivos principales de los revolucionarios liberales: se trataba, sobre todo, de igualar los efectos de la ley para todos sus destinatarios que pasaban a ser todos los ciudadanos, con independencia del contenido concreto de la norma”<sup>1463</sup>.

Esa lucha por la igualdad dentro del Estado liberal clásico<sup>1464</sup>, es una de tipo formal, porque lo que se buscaba con la igualdad ante la ley, era asegurar la existencia de una ley general, que sea aplicada en forma igual a todos o sin realizar ningún tipo de distinción entre quienes estaban sometidos a ella; solo así se garantizaba que deje de existir: “los privilegios de castas que legalmente se

---

<sup>1461</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula general ...”, op. cit. p. 153.

<sup>1462</sup> Manuel Martínez Sospedra: *Manual de ...*, op. cit. pp. 291 y 292.

<sup>1463</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ...”, op. cit. p. 154.

<sup>1464</sup> Época en la que se desarrolla el constitucionalismo de tipo liberal, a partir de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y Ciudadano en 1789 y de la Revolución Francesa.

construían como superiores a otras, y que se eximían de las cargas aplicables a la mayoría”<sup>1465</sup>.

Esa igualdad ante la ley, deviene como una igualdad de tipo formal, donde el Estado tiene la obligación de evitar la arbitrariedad en el trato<sup>1466</sup>, o de no dar un trato distinto -sin justificación- entre quienes son iguales ante la ley, convirtiéndose: “en un mero garante de la consagración legal de la igualdad sin comprometerse a su efectivo cumplimiento”<sup>1467</sup>; es decir, se reconoce la existencia de una ley general, que se llega a aplicar a todos por igual, pero el Estado no asume la obligación de que dicha igualdad llegue a todos de manera real o material, de ahí que se habla solo de una igualdad de tipo formal.

El peso de la realidad jurídica, política, social y económica que se va dando con el transcurso del tiempo, produce cambios en la concepción de la igualdad, de ahí que la igualdad formal paulatinamente va adquiriendo un nuevo contenido hasta consolidarse en la existencia de una igualdad material; de esta manera la igualdad ante la ley, en materia judicial va dando lugar a la igualdad en la aplicación de la ley, cuidando que los administradores de justicia al aplicar la norma en un caso concreto no actúen con arbitrariedad ni en la aplicación y menos en su interpretación; posteriormente se va introduciendo la igualdad en la ley, que regula los campos económicos y sociales, en tales casos surge la: “exigencia de un tratamiento diferenciador en situaciones diferenciables”<sup>1468</sup>, a fin de equiparar a las personas en sus condiciones materiales de existencia o en su realidad viva, referida a sus necesidades básicas o su situación económica o social.

La dimensión de la igualdad real o la igualdad material, se consolida en la época del desarrollo del Estado social<sup>1469</sup>, que reconoce en la igualdad el origen de los derechos de tipo social, destinados a grupos determinados que son más vulnerables, desarrollándose la generosidad, equidad y solidaridad humana,

---

<sup>1465</sup> Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. *Revista IIDH*. Vol. 47, 2008, p. 129.

<sup>1466</sup> Salvo que exista un trato diferente, pero basado en justificaciones objetivas y razonables, determinadas luego de realizar un test de igualdad.

<sup>1467</sup> M. Ángeles Bengoechea Gil: “La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”. *Los derechos Sociales en el Siglo XXI. Un desafío Clave para el derecho y la Justicia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 238.

<sup>1468</sup> M. Ángeles Bengoechea Gil: “La igualdad ...”, op. cit., p. 239.

<sup>1469</sup> Que va acompañado con el desenvolvimiento del constitucionalismo social, a partir de la Constitución Mexicana de Querétano de 1917 y Constitución Alemana de Weimar 1919.

lográndose para todos condiciones de vida digna en las que se atiendan las más premiosas necesidades económicas, sociales y culturales.

En esa igualdad material, el Estado asume la obligación no solo de cuidar que no exista un trato arbitrario, sino de proteger a los sectores sociales menos favorecidos, logrando un equilibrio en las relaciones de todos, satisfaciéndose las necesidades básicas, elevándose el estándar de vida, principalmente, eliminándose las discriminaciones, compensándose las desigualdades (naturales o no) que se producen entre todos; solo así tienen vigencia real derechos sociales como: la educación, salud, trabajo, seguridad social, etc..

Después de la segunda mitad del siglo XX se va consolidando el Estado Bienestar<sup>1470</sup>, que resulta ser producto del bienestar social, la democracia y el capitalismo, que en algún momento, ha dado lugar a una inevitable y lamentable prevalencia de la libertad sobre la igualdad, al ampliarse dicha libertad, profundizándose la desigualdad, lo que ha dado lugar a una: “crítica neoliberal de la igualdad al propugnar un mercado auto regulado lejos de cualquier intervención del Estado en la economía ... consistente en un ataque dirigido contra el fundamento mismo del Estado de bienestar”<sup>1471</sup>; en el pensamiento neoliberal la sociedad de mercado se maneja al margen de cualquier consideración moral o de algún criterio de equidad, siendo mayor las diferencias y desigualdades entre las personas, sin que se justifique esa distancia que se va produciendo en las relaciones de los seres humanos.

Frente a tanta libertad, se ensombreció el sentido de la igualdad material que surgió en la época del Estado social, poniéndose en duda la conveniencia del Estado democrático (como parte del Estado bienestar)<sup>1472</sup>, por lo que volvió a surgir con fuerza la igualdad, que resulta ser: “el motor y fundamento de las

---

<sup>1470</sup> El Estado Bienestar, aparece en 1945, después de la gran depresión que provoco la Segunda Guerra Mundial; aunque es común el que se confunda y hasta se considere como sinónimos el Estado Social con el Estado Bienestar, lo que no es correcto.

<sup>1471</sup> Según señala Fernández Ruiz-Galvez, citado por Rosa María Ricoy Casas: *¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2010, p. 44.

<sup>1472</sup> Que va acompañado con el desarrollo del constitucionalismo pluralista. Hay que recordar que, dentro de los constitucionalismos un ciclo estaría referido al liberal, otro social y el tercer ciclo estaría dado por el de tipo pluralista, donde ya se habla de la interculturalidad y de la plurinacionalidad; según expresa Raquel Irigoyen, citada por Rojas Tudela, Farith: “Nuevas condiciones ...”, op. cit., p.101.

sociedades democráticas actuales”<sup>1473</sup>, sustentándose en la solidaridad, como: “el equilibrio, el elemento justo, el trampolín para hacer posible lo razonable”<sup>1474</sup>.

Con la realización de la solidaridad, nuevamente se consolida la igualdad material, que tiene como: “fin mejorar la posición de estos grupos sistemáticamente situados en desventaja: con el objeto de permitir que éstos salgan de su situación de marginación”<sup>1475</sup>; lo que implica que el Estado sin lesionar la libertad, debe asegurar la igualdad real entre todas las personas, sin que se profundice las diferencias entre los grupos excluidos, en caso de ser necesario revisándose normas discriminatorias, adoptándose las medidas que sean convenientes para integrar a los marginados y que los mismos puedan acceder a los bienes materiales o económicos, superándose las diferencias reales que se producen dentro de la sociedad.

La concepción sobre la igualdad formal y la igualdad material, ha sido adecuadamente desarrollada por el Tribunal Constitucional del Perú, quién señaló que la idea de la igualdad en su dimensión liberal: “conlleva la prohibición de arbitrio ... La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’”<sup>1476</sup>; es decir, se legitima un derecho desigual con el fin de asegurar a los individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades, o la igualdad material. También dicho Tribunal expresó que la igualdad: “de tipo democrático y una igualdad social ... constituye la forma superadora de la visión de la igualdad formal ante la ley propia del Estado liberal. Por ello, los fines esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho son conformes a la realización de la igualdad material en la protección de los menos favorecidos”<sup>1477</sup>.

Ese tipo de razonamiento de un Tribunal Constitucional de la región (Perú), efectuado el año 2006, no se ha reiterado en el trabajo de otros Tribunales o Cortes Constitucionales de América; aunque es necesario destacar que entre los órganos supra nacionales de protección regional, tuvo un trabajo muy destacable la CIDH, que sobre la base de un estudio de casos del año 2006, el año siguiente

---

<sup>1473</sup> Como expresa Valcárcel, citado por Rosa María Ricoy Casas: *¿Qué ...*, op. cit., p. 48.

<sup>1474</sup> Rosa María Ricoy Casas: *¿Qué ...*, op. cit., p. 46.

<sup>1475</sup> Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera. “Concepciones ...”, op. cit., p. 129.

<sup>1476</sup> Exp. 0023-2005-PI/TC, Sentencia de 27 de octubre de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, dentro del proceso de inconstitucionalidad, seguido por la Defensoría del Pueblo en contra del Congreso de la República, punto 13, párrafo 62.

<sup>1477</sup> STC del Perú, cit. supra.

-2007- publicó un Informe sobre el “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, en el que se reconoció de manera expresa los dos tipos de igualdad (formal y material), cuando se estableció: que: “El SIDH no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada ... a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación.”<sup>1478</sup>.

Lo mencionado, evidencia el expreso reconocimiento de la existencia de grupos que se encuentran en desventaja, siendo necesario dar a los mismos un trato diferenciado, para pasar de la igualdad formal hacia la igualdad material; este tipo de razonamiento, lamentablemente no ha sido expresado por la Corte IDH, que como órgano jurisdiccional bien podía haber desarrollado un entendimiento sobre ambos tipos de igualdad, que se han dado durante el desarrollo y evolución de lo que se entiende por igualdad.

#### **IV.4.3 Naturaleza jurídica (valor, principio, derecho)**

La igualdad, nos lleva a pensar en la idea de que todos los seres humanos somos iguales en diversos espacios, así todos tenemos igual oportunidad en el ejercicio de nuestros derechos políticos, todos debemos ser tratados de manera igual en la ley, todos debemos tener igual posibilidad de mejorar nuestra forma de vida, etc. etc.; sin embargo esa ideas de igualdad, en la práctica no resultan ser tan ciertas, en la medida que en la realidad las diferencias de unos con otros son evidentes, pues como manifiesta Marcelo Varnoux Garay: “la igualdad es una abstracción, ya que ... unos son más inteligentes; otros más trabajadores; aquellas son mujeres, éstos, hombres ... En ese sentido, ¿por qué igualar condiciones y situaciones que son irremediabilmente desiguales?”<sup>1479</sup>.

---

<sup>1478</sup> OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 2006, párrafo 99, p. 43. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007).

<sup>1479</sup> Marcelo Varnoux Garay: *Principios y valores de la democracia. Cultura democrática en sociedades descentralizadas*, 5ta. Edición, Ed. ABCP y Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2010, p. 28.

Muchos han sido los desarrollos doctrinales que han tratado de explicar las innumerables preguntas que han girado en torno a la igualdad, intentando comprender el alcance de las diversas fuentes normativas, recogiendo interesantes interpretaciones que sobre la igualdad, han sido desarrolladas por los órganos jurisdiccionales y otros que funcionan dentro de cada uno de los Estados, como los de carácter supra nacional; este entramado ha permitido aseveraciones en sentido de que la determinación con precisión de la: “significación y alcance de la igualdad ... para el teórico del derecho, (resulta) una tarea ardua e indócil, que se resiste a ser cumplida plena y satisfactoriamente”<sup>1480</sup>, más aún si se tiene en cuenta que la igualdad (término que por sí ya es complejo por su contenido), no es lo mismo para todos, así unos la asumen como un valor, otros entienden que es un derecho y una gran corriente converge en señalar que es un principio.

Los “valores” son: “ideales éticos, aspiraciones, opciones ético-sociales básicas que el Estado propugna y pretende realizar”, a decir de G. Peces Barba y A. E. Pérez Luño<sup>1481</sup>; lo que implica que los valores (axiología) son ideales que la comunidad se propone lograr como sus máximos objetivos que se deben determinar en su ordenamiento jurídico, por lo que orientan las acciones individuales y generales de los hombres que viven en un Estado, expresando la concepción que se tiene del mundo en un momento determinado.

Sin embargo, los valores no son solo una declaración retórica o pretensiones que se buscan alcanzar dentro de una sociedad determinada, sino que: “los valores tienen carácter normativo ... imponen a los operadores jurídicos la obligación de procurarlos y desarrollarlos ... operadores que desempeñan un objetivo de justicia material que no se conforme con la mera técnica legiferante, jurisprudente o administradora”<sup>1482</sup>, mandatos que están dirigidos no solo a los operadores jurídicos (jueces), sino a todas las autoridades del poder público, quienes deben garantizar a los gobernados seguridad en sus relaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, única manera de alcanzar igualdad material y justicia social (mejorándose las condiciones materiales de vida).

---

<sup>1480</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: “Sobre la igualdad en la Constitución española”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 133.

<sup>1481</sup> Doctrinarios, cuyo pensamiento ha sido recogido por Vicente Gimeno Sendra y otros: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 52.

<sup>1482</sup> Vicente Gimeno Sendra y otros. *Los derechos ...*, op. cit. supra, p. 56.



Adquiere una dimensión trascendente: “la igualdad como valor superior ... es una meta a alcanzar por el ordenamiento jurídico, no pudiendo ser considerada de forma aislada sino en relación con los demás valores superiores del mismo, que se convierten, de este modo, en axiología de aquel”<sup>1483</sup>; es decir que la igualdad es un criterio que se quiere alcanzar y que está relacionado con la realización de otros valores como la solidaridad, la justicia, la dignidad, etc., cuya existencia se refleja en normas jurídicas inspiradas en la misma (igualdad), ordenamiento que se constituye en el límite dentro del cual deben actuar las autoridades del poder público, siempre a favor de la sociedad a la que se deben.

Junto a la consideración de la igualdad como valor, esta la posición que afirma que la misma es un principio, como desarrolla Miguel Ángel Ciuro Caldani, quién señala que principio es lo: “esencialmente relevante, porque allí está de cierto modo los *principios del principio*”<sup>1484</sup>, ya que la idea de principio se asocia con la base, fundamento, origen, razón fundamental o causa primera de una cosa o de aquello que de otra cosa procede de cualquier modo (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española); en esa línea también se dijo que los principios: “plantean postulados o enunciados que se aceptan como puntos de partida -base- dentro de un sistema normativo *in genere* ... (que) ... devienen en directrices esquemáticas con un alto grado de abstracción y elasticidad”<sup>1485</sup>, es decir que los principios son la base, el núcleo o la médula de un determinado sistema jurídico.

En estas afirmaciones, no podría dejarse de manifestar lo señalado por Eduardo García De Enterría quién señala que los principios son: “decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto: LA DECISIÓN por la democracia, la decisión por el Estado de Derecho y por el Estado Social de Derecho, la decisión por la libertad y POR LA IGUALDAD, la decisión por las autonomías territoriales ... la decisión por el principio de legalidad”<sup>1486</sup>; lo que implica la existencia de reglas maestras de un sistema jurídico, relativas a nociones básicas del orden político, jurídico, social que sustenta los derechos y obligaciones de los gobernantes y gobernados.

---

<sup>1483</sup> Enrique Álvarez Conde. “Principio de igualdad”. *Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*. Ed. Lustel, Madrid, 2009, p.33.

<sup>1484</sup> Citado por Víctor García Toma. *Teoría del Estado ...*, op. cit., p. 533.

<sup>1485</sup> García Toma, Víctor. *Teoría ...* op. cit. pp. 533 y 540.

<sup>1486</sup> Eduardo García De Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 98.

Cuando se proclama a: “la igualdad como principio constitucional implica reconocer su capacidad para informar de modo transversal y pleno de todo nuestro sistema político, su desarrollo, aplicación e interpretación, informando toda la actuación de los poderes públicos y privados, los cuales están obligados a promover la efectiva igualdad de trato a través de la prohibición de discriminaciones injustificadas”<sup>1487</sup>; es que la igualdad, cuando funciona como un principio, impregna con su sentido a todo, constituyéndose en el cimiento del sistema (jurídico, político y social) de un Estado, de tal manera que a partir de su carácter general y abstracto, se da las directrices a las autoridades del poder público, para que dejando de lado esa generalidad, de manera particular y concreta justifiquen las desigualdades formales que se producen, a fin de conseguir una igualdad real entre todos.

La naturaleza jurídica del principio de igualdad, hace que se lo conciba como: “un principio general del derecho y como un límite a la potestad ... del Estado, que contenía al propio tiempo un derecho subjetivo”<sup>1488</sup>; a partir de ese razonamiento se puede afirmar que el principio de igualdad, es un derecho fundamental, cuando está consagrado como tal, dentro de un ordenamiento constitucional.

Una definición teórica, formal y estructural de los derechos fundamentales, ha sido desarrollada por Luigi Ferrajoli, quién considera que derechos fundamentales son: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status*<sup>1489</sup> de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”<sup>1490</sup>; se completa la idea cuando se expresa que tienen: “su título inmediato en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”<sup>1491</sup>.

---

<sup>1487</sup> Enrique Álvarez Conde. “Principio ...”, op. cit., p. 34.

<sup>1488</sup> Díez-Picazo, voto particular en Sentencia 7/1983, de 14 de febrero.

<sup>1489</sup> *Status*, entendido como aquella condición de un sujeto, prevista por una norma positiva, que resulta ser presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

<sup>1490</sup> Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ta. Edición, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2009, p. 37.

<sup>1491</sup> Op. cit. supra, p. 49.

A partir de lo manifestado, se tiene que para que existan derechos, se precisa una norma jurídica positiva que los consagre, que generalmente es una norma de carácter constitucional, de la que se desprende los derechos que son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, como lo es por ejemplo el derecho a la igualdad, que si bien es un derecho de carácter general, es claro que: “esta universalidad no es absoluta sino relativa ... En efecto, el “todos” de quién tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida”<sup>1492</sup>; así el derecho subjetivo de todas las personas de obtener un trato igual o de no sufrir discriminación de ninguna naturaleza, no impide que un individuo o un grupo determinado de personas (no todos), puedan ser tratados jurídicamente de manera desigual, cuando exista una justificación objetiva y razonable en ese diferente trato.

Conforme lo antes manifestado, la expresión igualdad, puede ser considerada como un: valor al ser un objetivo o un ideal que se pretende alcanzar por toda la sociedad (gobernantes y gobernados); principio no solo por ser la base o el sustento del sistema estatal, sino por tener un carácter transversal y; derecho a ser exigido por todos los titulares a las autoridades del poder público. De tal manera que la expresión: “igualdad pierde el sentido unívoco, exclusivamente formal, que tenía en los ordenamientos liberales, y se complementa con un contenido material”<sup>1493</sup>, lo que implica que la igualdad no se reduce a un enunciado formal general y abstracto establecido en la ley, sino que con la elasticidad que la caracteriza, adquiere vida al ser un ideal de todos, base y el sentido de la actuación del Estado, que permite a los individuos o grupos de personas exigir del poder público un trato igual o aceptar una diferencia si no es arbitraria al estar justificada.

Esa es la razón por la que se dijo que: “La igualdad se configura hoy, además como un límite en la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos”<sup>1494</sup>; hay que tener en cuenta que no es que las autoridades de poder de un Estado no puedan realizar y reconocer una diferencia en el trato entre las

---

<sup>1492</sup> Luigi Ferrajoli. *Derechos ...*, op. cit., p. 39.

<sup>1493</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ...”, op. cit. 155.

<sup>1494</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ...”, op. cit. supra, p. 154.

personas o grupos de ellas, lo que no pueden es actuar arbitrariamente, es decir tratar de manera diferente a unos y otros sin motivos razonables ni justificables, de cometerse ese tipo de acciones ilegítimas e ilegales, se provoca la reacción de los afectados que pueden efectuar reclamos, con el fin de que las autoridades poder equilibren el trato y las relaciones de todos.

Con relación a la igualdad, en el afán de buscar criterios que permitan determinar una diferencia de trato, el TEDH, en Sentencia de 23 de agosto de 1968<sup>1495</sup>, ha determinado que ese: “Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, cuando la distinción carece de justificación objetiva considera que la igualdad de trato queda violada”; es decir que la igualdad, es considerada como un principio que puede dar lugar a una distinción o diferenciación de trato que cuando es justificado y objetivo no viola el principio, caso contrario sí.

La Corte IDH, también consideró la igualdad y la no discriminación, al señalar que se desprende de la idea de dignidad y naturaleza de la persona, reconociéndose que la igualdad es un principio, cuando en 1984 de manera expresa siguió el criterio que en 1968 asumió el TEDH en el caso relativo al Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica<sup>1496</sup>; asimismo, es amplio el desarrollo que realizó dicho Tribunal regional, sobre el carácter fundamental de: “El principio de igualdad ante la ley y no discriminación (que) impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos”<sup>1497</sup>. Los Tribunales y Cortes Constitucionales de los diferentes países de la Región Andina, no han estado ajenos a esa interpretación, entendiendo a la igualdad como un principio, aunque también han hecho mención a la misma como un derecho.

El Tribunal Constitucional de Chile, desde el año de 1988 asumió la posición de que la igualdad es un principio constitucional, refiriéndose concretamente a la: “igualdad ante la ley (que) consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y,

---

<sup>1495</sup> Punto I.B.1, caso relativo a ciertos aspectos del Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

<sup>1496</sup> Párrafo 56, OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

<sup>1497</sup> Párrafo 100, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003; así como en otros casos, tal el párrafo 184, Caso Yatama c. Nicaragua de 23 de Junio de 2005.

consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes<sup>1498</sup>; ese razonamiento es reiterado en fallos posteriores y actuales, todos los que reconocen el sentido de la igualdad que como principio ya fue mandado por el tribunal supra nacional regional, que no es otro que la Corte IDH a partir de la OC-04/84, sin embargo no se hace mención expresa al razonamiento base de su interpretación.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la igualdad, el Tribunal Constitucional de Bolivia, a los pocos años del ejercicio de su actividad jurisdiccional, el año 2003, asumió de manera expresa la noción de igualdad (que se desprende de la naturaleza del género humano y es inseparable a la dignidad) que dio la Corte IDH en la OC-4/84, llegando a la conclusión de que: “lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable ni proporcional<sup>1499</sup>; es decir que a diferencia de Chile, en Bolivia se reconoció expresamente a la igualdad como un principio, en la forma y en la manera que entendió la Corte IDH.

La Corte Constitucional de Colombia el 2001 manifestó que el principio de igualdad no establece una igualdad mecánica ni automática, es que: “La Corte interpreta así el principio de igualdad de forma que incluye no sólo la orden de tratar igual a los iguales sino también la de tratar desigualmente a los desiguales<sup>1500</sup>, en esa misma sentencia al referirse al test de razonabilidad del: “ámbito del principio de igualdad<sup>1501</sup> se mencionó a la OC 4/84 de la Corte IDH, quedando claro el entendimiento en sentido de que la igualdad es un principio, como se reconoció expresamente por la Corte IDH. En esa línea la misma Corte el 2005 refirió que una norma interna de su Estado: “desconoce el principio constitucional a la igualdad y a la prohibición de establecer discriminaciones”, sin embargo en aquella oportunidad también realizó: “breves criterios en relación con el derecho a la igualdad<sup>1502</sup> que puede ser infringido frente a las denominadas

---

<sup>1498</sup> Rol N° 53, de 05 de abril de 1988, emitido por el Tribunal Constitucional de Chile; en similar sentido Roles: 1535-09, 1710-10, entre muchos otros.

<sup>1499</sup> SC 0058/2003, de 25 de junio, punto III.1; SC N° 0062/2003, de 03 de Julio de 2003, punto III.1; igual que lo señalado por SC 0599/2004-R, de 22 de abril, punto III.2. Similar razonamiento, pero sin remitirse de manera expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH, en SC No. 0006/2004

<sup>1500</sup> Punto 7, Sentencia C-673/01, de 28 de junio.

<sup>1501</sup> En el punto 7.1 cit. supra.

<sup>1502</sup> Punto 3, Sentencia C-101/05, de 08 de febrero.

categorías sospechosas, es decir que se reconoce a la igualdad como principio y como derecho.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, partiendo de un razonamiento que se asumió el año 2003<sup>1503</sup>, realizó una importante precisión sobre la naturaleza del término igualdad el año 2006, cuando lo denominó: “El principio-derecho de igualdad”, señalando que la igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes: “En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.”, así como principio fundamental: “constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático.” y, como derecho fundamental: “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad ... que consiste en ser tratada igual que los demás ... por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”<sup>1504</sup>.

Manteniendo los planos convergentes de la igualdad, el año 2007 el Tribunal Constitucional del Perú sostuvo que: “La igualdad, en tanto principio, es ... rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica ... que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana”<sup>1505</sup>; el criterio que asume respeto a la igualdad como derecho, sin decirlo de manera expresa deviene del razonamiento realizado por la Corte IDH en la OC-4/84<sup>1506</sup>, aunque es necesario aclarar que ese pensamiento lo dio el tribunal regional a partir de la idea de que la igualdad es un principio, a diferencia del Tribunal Constitucional del Perú que por lo mismo, entiende que es un derecho.

De la relación precedente se evidencia que ha sido el TEDH el primero que al referirse a la materia de principios mencionó a la igualdad; en esa línea la Corte

---

<sup>1503</sup> Tal lo expresado en STC 0018-2003-AI.

<sup>1504</sup> EXP. 0023-2005-PI/TC, corresponde a la Sentencia de 27 de octubre de 2006, punto 13, párrafo 64.

<sup>1505</sup> EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, que corresponde a la Sentencia emitida El 06 de noviembre de 2008, punto 2.1, Párrafo 17.

<sup>1506</sup> Hay que recordar que la Corte Interamericana, en la indicada OC expresó que: “la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.

IDH (de nacimiento posterior) amplió desarrollos sobre el principio de igualdad y de no discriminación relacionándolos con la naturaleza del género humano e inseparable de la dignidad; la idea de la igualdad como un principio, ha sido recogida de manera implícita y expresa por algunos Tribunales de la región (Chile y Bolivia, respectivamente); otros tribunales desarrollan sobre la doble naturaleza del principio-derecho igualdad, asumiendo expresa e implícitamente razonamientos de la Corte IDH (Colombia y Perú, respectivamente), con la aclaración de que lo que para la Corte IDH es un principio, para el Tribunal Constitucional del Perú es un derecho.

#### **IV.4.4 Igualdad como prohibición de trato arbitrario o la igualdad ante la Ley**

El principio de igualdad ante la ley, como prohibición de un trato arbitrario, tiene su base normativa en la previsión del art. 24 de la CADH, que establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. ...”, noción que refleja la existencia de una igualdad formal, que de inicio implicó que el Estado no podía interferir en las libertades de la persona, dictándose leyes generales y de igual aplicación para todos, lo que constituyó un límite al órgano legislativo del Estado.

Con el transcurso del tiempo, la concepción inicial de lo que se entendió por igualdad formal, va adquiriendo nuevos ribetes que posibilitan hablar de una igualdad de trato, en la medida que: “la ley no solo es universal y va dirigida a todos los ciudadanos sino que, además y en principio, tiene que tratar a todos los ciudadanos por igual ... pues .. la ley, como producto que es de los poderes públicos debe tratar a todos por igual”<sup>1507</sup>, es decir que la igualdad de trato a todas las personas, es una obligación de los poderes públicos en general, y del legislador en particular.

Por el peso de la realidad, se ha llegado al convencimiento de que no solo la igualdad formal, es suficiente para establecer una igualdad de trato, sino que es necesario que exista además una igualdad material que permite a las autoridades, dar tratos diferentes a las personas, cuando exista razonabilidad y justificación, es que: “los poderes públicos (están) en la obligación de promover las condiciones

---

<sup>1507</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ..., op. cit., p. 158.

para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva<sup>1508</sup>. De esa manera por una parte el legislador va regulando y protegiendo de forma diferente a ciertos grupos o sectores de la sociedad, estableciéndose diferencias de trato de unas personas con relación a otras, sin que ello implique de manera necesaria una violación al principio de igualdad ante la ley; por otra parte, las otras autoridades del poder público deben ir dando todas las condiciones para que quienes están en situación de inferioridad, puedan alcanzar la igualdad real.

En esa línea, el TEDH en 1968, a partir del caso lingüístico belga -a tiempo de interpretar el art. 14 del CEDH-, consideró que para que se dé una violación al principio general de la igualdad o para que exista un trato arbitrario por parte de las autoridades públicas es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente; b) la distinción no persigue una finalidad legítima o no tiene una justificación objetiva y razonable y; c) no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido<sup>1509</sup>; en ese marco, sería absurdo pensar que una diferencia de trato estaría siempre prohibida -en pro o en beneficio del principio de igualdad-, lo que no está permitido, es que las autoridades del poder público realicen un trato diferente sin que exista una justificación objetiva y razonable.

En ese ámbito la Corte IDH en 1984 expresó que: “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”, ya que ciertas desigualdades de hecho “legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”, porque ese trato diferenciado puede: “ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”<sup>1510</sup>.

Conforme a ese razonamiento, la diferencia de trato ante la ley, sin violar el principio de igualdad se podría dar en infinidad de casos, así por ejemplo resulta racional que la ley trate de manera diversa a quienes son capaces de obrar de los que no son, pues lo contrario, podría dar lugar a que una ley otorgue la posibilidad

---

<sup>1508</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ..., op. cit. supra.

<sup>1509</sup> Sentencia de 23 de julio de 1968; como ha sido entendido y sintetizado por Encarna Carmona Cuenca: “La prohibición ..., op. cit. p. 737 y 761 *in fine*-762.

<sup>1510</sup> Todo lo que se manifestó en el párrafo 56 de la OC-4/84 emitida por la Corte Interamericana, relativa a la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.



de disposición de bienes a los menores o a los interdictos, lo que no conduciría a un acto de justicia, sino de perjuicio contra las personas que se encuentran en situación de debilidad (de acuerdo al criterio de la Corte IDH), al no estar el incapaz en condiciones de comprender adecuadamente las consecuencias de sus propios actos.

El Tribunal Constitucional del Perú desarrolló de manera más amplia el sentido de la igualdad “ante la ley” (en sus dos manifestaciones de: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”<sup>1511</sup>), al referirse a la igualdad de trato “en la ley”, que se constituye en un límite al actuar del legislador, en la medida que: “la actividad legiferante deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados ... dicho principio (de igualdad) le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones”<sup>1512</sup>; es que: “la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones ... no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente”<sup>1513</sup>.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, al referirse al mandato de igualdad en la formulación del derecho exige que:

“todos sean tratados igual por el legislador. Esto no significa que el legislador ha de colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales ni que todos se encuentren en las mismas situaciones fácticas. El principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Entonces, el medio idóneo para que el legislador cumpla con el mandato de este principio es aplicando la máxima o fórmula clásica: 'hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual'. En eso consiste la verdadera igualdad”<sup>1514</sup>.

---

<sup>1511</sup> La igualdad “en la aplicación de la ley”, se constituye como una especie de límite a la actuación de las autoridades públicas (judiciales y/o administrativas) que ejercen jurisdicción, quienes al momento de conocer y resolver una causa, no pueden realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales, o lo que es lo mismo, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el juzgador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

<sup>1512</sup> Punto 14, párrafo 67 de la Sentencia 27 de octubre de 2006, Exp. N° 0023-2005-PI/TC.

<sup>1513</sup> Párrafos 19 y 20, Exp. N.º 05652-2007-PA/TC.

<sup>1514</sup> Así se señaló en SC 0045/2007 de 2 de octubre; al igual que en SC 1925/2012, de 29 de octubre; 1250/2012 de 20 de septiembre.

Asimismo, dicho TC considera que la igualdad, en su genuino sentido, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones diferentes, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto de estas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad - sino primordialmente al equilibrio que impone un trato diferente para circunstancias no coincidentes, lo que significa que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar<sup>1515</sup>.

Además lo dicho, debe tenerse presente que el principio de igualdad ante la ley o prohibición de trato arbitrario, implica no solo una limitación al ejercicio de la actividad del legislador (igualdad en la ley), o de la actuación de las autoridades jurisdiccionales (igualdad en la aplicación de la ley), sino que también conlleva un límite en la actuación de las autoridades del poder público en general, quienes no pueden ser arbitrarios en su actuación o están vetados de dar un trato desigual que no tenga como fundamento causas objetivas y razonables; a partir de ello, se puede empezar a perfilar lo que se entiende por trato justo y razonable, como el principio de proporcionalidad o test de igualdad.

#### **IV.4.4.1 Diferencia de trato: justificación objetiva y razonable**

Las autoridades del órgano legislativo, al dictar una la ley y establecer las relaciones y clasificaciones entre las personas, no pueden actuar de manera arbitraria al establecer una diferencia de trato, por ello para evitar cualquier exceso, es necesario que esa regulación distinta sea producto de un argumento "objetivo y razonable".

La tesis de la objetividad y razonabilidad del trato diferenciado, es una construcción realizada por el TEDH, en el emblemático caso del Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica, en el que se emitió la Sentencia de 23 de agosto de 1968, a través de la que se señaló: "la distinción carece de justificación

---

<sup>1515</sup> SC 83/2000 de 24 de noviembre; al igual que lo señalado en SC 0029/2013 de 4 de enero; SC 1925/2012, de 12 de octubre.

objetiva (lo que da lugar a) ... que la igualdad de trato queda violada<sup>1516</sup>, por medio de ese razonamiento, se llegó a la conclusión de que a través de una Ley - en Bélgica- no se estableció una diferencia de trato justa ni razonable, violándose el principio de igualdad, al impedirse que algunos niños puedan acceder a escuelas de lengua francesa por el sitio de residencia de sus padres<sup>1517</sup>, o lo que es lo mismo, en una apreciación contraria, no se viola la igualdad si la ley establece un trato diferente que es justo y razonable.

La Corte IDH, el año de 1984, asumió de manera expresa el razonamiento que dio el TEDH, cuando definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"<sup>1518</sup>, es que las desigualdades de trato jurídico o realizadas en la ley, no contrarían de manera necesaria a la justicia, más bien ese trato desigual resulta ser objetivo y razonable cuando se constituye en el medio a través del cual se pretende llegar a la justicia, a fin de protegerse a quién jurídicamente se encuentra en una situación de desventaja. En ese mismo sentido el año 2003, la Corte IDH estableció que: "los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana"<sup>1519</sup>.

Los razonamientos que partieron del TEDH, que se asimilaron expresamente por la Corte IDH, también han sido recogidos expresamente por los Órganos Constitucionales de América, así la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al principio de igualdad, realizó menciones expresas tanto a la Sentencia que el año de 1968 emitió el Tribunal Europeo, como a la OC-4/84 de la Corte IDH, ambas que se refieren a la necesaria existencia de una justificación objetiva y razonabilidad en la norma<sup>1520</sup>, para un trato diverso.

---

<sup>1516</sup> Punto I.B.1 de la indicada Sentencia de 1968.

<sup>1517</sup> En la parte dispositiva de dicha Sentencia se establece que el artículo 7.3 de la Ley de 2 de agosto de 1963 no se conforma a las exigencias del artículo 14 del Convenio en relación con la primera frase del artículo 2 del Protocolo adicional, en la medida en que impide a ciertos niños, con el solo fundamento de residencia de sus padres, acceder a las escuelas de lengua francesa existentes en los seis municipios de la periferia de Bruselas dotadas de un estatuto especial, comprendida Kraainem ...Reserva el derecho eventual, para los demandantes interesados de solicitar una indemnización equitativa en cuanto a este punto particular".

<sup>1518</sup> En el párrafo 56 de la indicada OC-4/84, se hizo referencia expresa al caso: "Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34".

<sup>1519</sup> Párrafo 105, OC-18/03.

<sup>1520</sup> Punto 7.1 de la Sentencia C-673/01.

Al referirse al derecho a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional del Perú, entendió que: “puede implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario ... (o que) no está razonablemente justificada”<sup>1521</sup>; además al realizar ese tipo de análisis este Tribunal también, asumió de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH (que tiene como precedente el de la Corte Europea).

En sentido similar, el Tribunal Constitucional de Bolivia, asumió de manera expresa e implícita lo señalado por la Corte IDH -OC4/84- y el TEDH-Sentencia de 1968-, respectivamente, llegándose a la conclusión de que: “el legislador puede ... establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima ... (pero) no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional”<sup>1522</sup>.

Asimismo, al referirse a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional de Bolivia, expresó que el derecho a la igualdad:

“exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan; no prohibiendo tal principio dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales; siempre que ello obedezca a una causa justificada, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho y la situación de las personas, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta”<sup>1523</sup>.

Conforme aquello, el principio de igualdad protege a la persona frente a discriminaciones arbitrarias, irracionales, predicándose la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, superando así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta. Por ello, la igualdad, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones diferentes, sino que debe diferenciarse: “las hipótesis que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto de estas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad - sino primordialmente al equilibrio que impone un trato diferente para

---

<sup>1521</sup> Puntos 19 y 20 del EXP. N° 05652-2007-PA/TC.

<sup>1522</sup> Punto II.1. de la SC N° 0062/2003 de 3 de julio; igual en SSCC Nos. 0058/2003 y 0599/2004-R.

<sup>1523</sup> DC 0002/2001, de 8 de mayo; igual en SCP 0029/2013, de 04 de enero.

circunstancias no coincidentes”<sup>1524</sup>, es decir que la igualdad no implica una identidad absoluta, sino dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es que: “no toda desigualdad constituye necesariamente, una discriminación, la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”<sup>1525</sup>.

En mérito a todo lo expresado, se tiene que: “el legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos ... pues, la diferenciación (en el trato debe estar) fundamentada en causas objetivas y razonables”<sup>1526</sup>; asimismo, las autoridades del poder público, deben otorgar todas las condiciones para que se dé dicha igualdad efectiva como real y, en caso de constatarse un trato desigual, es necesario establecer: “si ese trato desigual tiene una fundamentación objetiva y razonable, o si es arbitrario y, por ello, discriminatorio”<sup>1527</sup>.

#### **IV.4.4.2 Test de proporcionalidad (o de razonabilidad)**

El que las autoridades del poder público tengan el deber de dar un trato igual a todas las personas, no es contradictoria con la idea de que esas autoridades puedan tratar de manera diferente a las personas o grupos de ella, cuando esa actuación tenga un sustento objetivo y razonable; el problema se presenta en establecer con claridad cuando la conducta de la autoridad pública es arbitraria, o dicho de otra manera, es necesario fijar el límite que permita comprender cuando se realiza o no, una diferencia de trato justificada y razonable, lo que se determina a través del principio de proporcionalidad, que se constituye en: “uno de los criterios de interpretación más frecuentemente

---

<sup>1524</sup> SC 83/2000, de 24 de noviembre.

<sup>1525</sup> SSCC Nos. 0029/2013, 0049/2003, 1250/2012, entre muchas otras. En la última SC señalada (1250/2012, de 20 de septiembre), a tiempo de determinar la inconstitucionalidad del delito de desacato, considero que: “este Tribunal no encuentra justificación para otorgar el trato desigual a los servidores públicos en relación al resto de la ciudadanía en lo referente a las injurias, ello si se considera que los servidores públicos de alto rango en general tienen fácil acceso a los medios de comunicación, cuentan a su servicio con asesoramiento legal; además, al constituirse el desacato en un delito de acción pública, el mismo debe tramitarse de oficio por el Ministerio Público, por lo que la capacidad de respuesta es notoriamente inferior del ciudadano frente al servidor público, lo que no sucede al sentido contrario, es decir, una injuria provocada del servidor público al ciudadano evidenciándose la lesión del principio de igualdad del ciudadano frente al servidor público, cuya actividad además se encuentra sujeta a escrutinio y crítica pública”.

<sup>1526</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ..., op. cit. p. 158 *in fine*- 159.

<sup>1527</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ..., op. cit. p. 159.

empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia”<sup>1528</sup>.

Para aplicar el principio de proporcionalidad, debe existir desigualdad en los supuestos de hecho; lo dicho se comprende a partir de la consideración de que la igualdad de trato ante la ley implica tratar igual a los iguales, así como tratar desigual a los desiguales, en esa medida está prohibido el trato desigual en situaciones que resultan ser idénticas o se viola el principio de igualdad cuando se trata desigual a los iguales. De ahí que es importante establecer la desigualdad en los supuestos de hecho, que es necesaria para justificar un trato desigual o una diferenciación que resulte ser admisible, ya que la igualdad ante la ley significa que a: “los supuestos de hecho iguales, deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean también iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca como fundada y razonable”<sup>1529</sup>.

En consecuencia, si se da un trato diferente a situaciones de hecho iguales, se desconoce el principio de igualdad ante la ley, a la inversa, la existencia de situaciones de hecho distintas exige una diferenciación en el trato; para establecer la violación del principio de igualdad o la existencia de desigualdad de supuestos de hecho que justifiquen un trato diferente, se aplica el principio de proporcionalidad, que cumple: “la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”<sup>1530</sup>, es decir que este principio es utilizado no solamente por las autoridades del poder legislativo a tiempo de emitir las leyes, sino también por las autoridades jurisdicciones (nacionales o internacionales) a tiempo de realizar un control de constitucionalidad o de convencionalidad.

La ponderación<sup>1531</sup> es una actividad a través de la cual se debe: “sopesar los argumentos que juegan a favor y en contra de una determinada decisión

---

<sup>1528</sup> Markus González Beilfuss: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 15.

<sup>1529</sup> SSTC de España Nos, 112/2006, 6/2007, 87/2009, entre otras.

<sup>1530</sup> Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. Ed., Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 81.

<sup>1531</sup> Según señala Guastini, citado por Luis Prieto Sanchis: *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, T. V, Ed. Palestra, Lima 2002, p. 64, la ponderación

jurisdiccional”<sup>1532</sup>, ponderación que resulta ser la base que sustenta el principio de proporcionalidad (también denominado como test de proporcionalidad o de razonabilidad), a través del cual el juzgador ha de llegar a establecer si la medida legislativa da una clasificación diferenciada racional, utilizando para ello el test de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, del que se desprende el indicado test de proporcionalidad, se desarrolla en tres fases, por las que se establece: “si la medida: “i) es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable, ii) si es necesaria, esto es, que no exista otro medio alternativo menos lesivo, y iii) si es proporcional en sentido estricto, lo cual exige ponderar entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto”<sup>1533</sup>; lo que implica que dicho test se desarrolla en tres pasos, pues primero deberá analizarse el fin buscado con la medida legislativa, luego tendrá que estudiarse el medio que ha sido empleado para determinarse si es el idóneo o no, finalmente deberá establecerse si existe proporcionalidad entre el medio empleado y el fin al que se ha llegado; solo así se podrá establecer si se violó o no el principio de igualdad.

El test de proporcionalidad, se empezó desarrollando en la jurisprudencia de tribunales nacionales<sup>1534</sup>, pero su entendimiento fue profundizándose en la jurisprudencia de tribunales internacionales, como el TEDH que de manera frecuente utilizó el principio de proporcionalidad desde 1968, en el caso Lingüístico Belga, oportunidad en la que dicho Tribunal considero que cuando una distinción no es objetiva ni razonable, la igualdad queda violada, por eso: “La

---

implica: “la técnica ... de la ponderación es la típica para la resolución de los conflictos entre principios ... Lo característico ... es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto ... sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso”.

<sup>1532</sup> Carlos Bernal Pulido: *El principio ...*, op. cit., p. 614.

<sup>1533</sup> Marianne Gonzáles Le Saux y Oscar Parra Vera: “Concepciones y cláusulas ...”, op. cit., p. 130. En el mismo sentido -aunque con alguna variación en el orden de los requisitos-, otros autores, como Martínez Pugalde, citado por Willman Ruperto Durán Ribera: *Las líneas jurisprudenciales ...*, op. cit., p. 38, señalan que el test de igualdad o test de proporcionalidad se da a través de tres requisitos: “1. El examen ... del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; 2. El examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso; 3. El examen de la proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue”.

<sup>1534</sup> En 1935, la Corte Suprema de Estados Unidos, aplico un test estricto de proporcionalidad, al recordar su función de proteger derechos, como el de las minorías insulares; en Alemania en 1958 en un fallo sobre las “droguerías” la Corte Constitucional también aplicó el test de proporcionalidad, fijando los bienes en juego, con relación a las medidas legislativas de los derechos.

existencia de una justificación ... debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida examinada” en atención a los principios que generalmente prevalecen en sociedades democráticas”, en esa virtud un trato diferente: “en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima (sino que) ...se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”<sup>1535</sup>.

En consecuencia, es necesario que en la norma exista una justificación objetiva y razonable para establecerse un trato diferenciado, pero además es necesario que la norma persiga un fin legítimo y que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar, caso contrario, cuando no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se pretende realizar, se viola el principio de igualdad; este principio de proporcionalidad, como entendió el Tribunal Europeo, ha dado lugar a que se haya señalado que: “Desde sus primeros años de actividad, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo no ha dudado en considerarlo implícito en los artículos ... del Convenio, que aceptan las injerencias o restricciones en los derechos allí reconocidos que constituyan ‘una medida necesaria en una sociedad democrática’ para la consecución de los fines establecidos en dichos preceptos”<sup>1536</sup>.

La Corte IDH en la OC 4/84, si bien se refirió expresamente al caso Lingüístico Belga que conoció el Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la justificación objetiva y razonable, en dicho caso no se pronunció expresamente sobre los alcances del principio de proporcionalidad; sin embargo este principio ha sido asumido en posteriores casos, tal el que fue resuelto el 2007, a través del que se señaló que toda restricción a cualquier derecho (libertad, igualdad, etc.), debe cumplir con los componentes del principio de proporcionalidad, que se refieren a la legitimidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida<sup>1537</sup>.

---

<sup>1535</sup> Punto B, párrafo 16, de la Sentencia de 1968 del Tribunal Europeo.

<sup>1536</sup> Markus González Beilfuss: *El principio ...*, op. cit., p. 24.

<sup>1537</sup> Así se manifestó en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr.93, en el que al referirse a la privación o restricción de la libertad, es necesario que se respeten requisitos como: “i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. ...; ii) que las medidas adoptadas sean las



En el trabajo desarrollado por la Corte IDH, no podría dejar de mencionarse el polémico caso del 2008, denominado Caso Aritz Barbera y otros Vs. Venezuela<sup>1538</sup>, en el que se ha utilizado el test de igualdad o de proporcionalidad, evaluando la racionalidad entre el medio utilizado (que se refería a la diferenciación que se hizo en la sanción disciplinaria, en base a criterios de jubilación -los que están y no habilitados para jubilarse-) y el fin de la norma sancionatoria (que era asegurar la idoneidad de los jueces), llegándose a la conclusión de que no existió violación al derecho a la igualdad, porque la jubilación era un criterio ajeno a la norma disciplinaria, por lo que no tuvo influencia en lo dispuesto en la sanción. Sin embargo, ese no reconocimiento de la existencia de violación a la igualdad, ha sido duramente criticada por quienes consideraron que en la sanción si hubo una diferenciación entre jueces que cumplen y no con los requisitos para jubilarse, por lo que en consonancia con el test de proporcionalidad: “al no cumplirse la condición mínima de idoneidad entre medios y fines de la norma, la Corte hubiese tenido que declarar la existencia de una violación al derecho a la igualdad”<sup>1539</sup>.

El principio de proporcionalidad, también ha sido trabajado y desarrollado por tribunales nacionales, así se tiene que la Corte Constitucional de Colombia ha emitido la Sentencia C-673/01 de 28 de junio de 2001, en la que se analizó con bastante profundidad la intensidad del test de razonabilidad, que dependiendo del caso de aplicación su tono va variando; así existe el denominado “test leve” que es el más corriente o el que ordinariamente es utilizado, a través del cual de inicio la Corte se cuestiona: “si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos”, además de establecer si: “el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.”; de obtener una

---

idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. ... y, iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.”

<sup>1538</sup> Este caso emerge de un procedimiento disciplinario que se siguió contra cinco magistrados de una Corte por haber emitido todos una resolución, a la conclusión de dicho procedimiento se destituyeron a 3 de los 5 magistrados y los otros 2 destituidos pudieron reintegrarse a la judicatura a fin de que puedan jubilarse; esta situación dio lugar a que a nivel internacional, los afectados alegaran discriminación en la sanción de destitución.

<sup>1539</sup> Tal la crítica efectuada por Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera: “*Concepciones y ...*, op. cit. supra, p. 142.

respuesta afirmativa, sigue interrogándose al: “preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin)”<sup>1540</sup>, solo a través de este análisis, se puede establecer si no se lesiona el derecho a la igualdad u otro, si es razonable, constitucional y no es arbitrario o viceversa.

En aquellos casos en los que existan razones que justifique un control más estricto del principio de igualdad, el test leve no puede ser aplicado, por ejemplo cuando exista una norma que afecta de manera directa derechos fundamentales o cuando se asume una medida recae en personas con debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados (categorías sospechas) y otros, en estos casos es necesario aumentar la intensidad del test a fin de evaluar con mayor precisión la constitucionalidad de una determinada medida, aplicándose para ello el denominado “test estricto de razonabilidad”, en estos casos: “El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.”, además este tipo de test es singular, en la medida que resulta ser el único que aplica: “El juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que) es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad”<sup>1541</sup>, es decir que a través de este tipo de test se debe llegar al convencimiento de que la medida adoptada otorga beneficios que exceden a las limitaciones que con dichas medidas se dan sobre otros principios y valores constitucionales.

Finalmente en la Corte Constitucional de Colombia, se ha trabajado con el denominado “test intermedio”, que resulta ser más exigente que el test leve, pero no duro como el test estricto de razonabilidad; para la aplicación de este test se necesita que: “el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante”, por la importancia del problema que se debe resolver o por la existencia de intereses públicos e importantes; además a través de este tipo de test: “el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial”, de esta manera se está

---

<sup>1540</sup> Punto 7.2 de la Sentencia C-673/01.

<sup>1541</sup> Punto cit. supra.

frente a un tipo de test intermedio al contener elementos y exigencias de las otras formas de test.

El principio de proporcionalidad, en el caso del Tribunal Constitucional del Perú<sup>1542</sup>, también ha contado con importantes avances, principalmente en el caso de medidas legislativas, cuya emisión puede dar lugar a la vulneración o no del principio-derecho igualdad; para determinar esa situación se somete a la aplicación del denominado “test de igualdad”, que en primer término se concentra en determinar la “verificación de la diferenciación legislativa”, lo que implica una comparación de las medidas legislativas y luego del examen se puede determinar si las medidas asumidas otorgan o no un tratamiento diferenciado a dos situaciones que resultan ser diferentes, de ser positiva la respuesta se pasa a un segundo nivel de análisis.

Si hay distancia en las medidas asumidas, se pasa a la: “Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación”, es decir que se pasa a analizar si la medida cuestionada que se ha dado tiene un determinado fin que se sustente en el contenido de la CPE; de existir base constitucional en el razonamiento que se dio en una medida que está siendo impugnada, se ingresa a un tercer nivel de análisis, referido a la: “Verificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación”, al efecto es necesario establecer si la medida legislativa diferenciadora es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucional, precisándose si la medida es absolutamente necesaria e indispensable para la consecución del fin legítimo, todo ello a fin de determinar si la medida es conforme al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad.

Es importante el desarrollo que el Tribunal Constitucional del Perú ha dado sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que consiste en: “una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad”<sup>1543</sup>, la comparación que se realiza es sobre la base de la llamada ley de ponderación, que consiste en

---

<sup>1542</sup> Tal el análisis efectuado en la Sentencia de 27 de octubre de 2006, emitida dentro del EXP. N° 0023-2005-PI/TC.

<sup>1543</sup> Punto 15, párrafo 75, inc. c), del EXP. N° 0023-2005-PI/TC.

fijar: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>1544</sup>.

En consecuencia, conforme al test de igualdad y el principio de proporcionalidad, a través de los pasos referidos, se logra determinar si es o no razonable y proporcional una medida para alcanzar el fin que se busca con el establecimiento de la misma, o se logra determinar si es coherente que se establezca una medida legislativa (que difiera de otras), cuando tenga por finalidad una especial y necesaria protección de determinados derechos o garantías establecidos en la misma Constitución.

En el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia, se analiza el test de igualdad con el principio de proporcionalidad, a partir de la doctrina constitucional (sin hacer mención a fallos internacionales), según la cual no existe trato discriminatorio, si el trato diferenciado está justificado a través de la siguiente lógica: 1) La diferencia de los supuestos de hecho ...; 2) La finalidad de la diferencia de trato, que debe ser legal y justa. ...; 3) La validez constitucional del sentido propuesto (que la diferenciación sea admisible), o lo que también denominan algunos autores como razonabilidad. ...; 4) La eficacia de la relación entre hechos, norma y fin, o sea, que exista racionalidad en el trato diferente. Esta calidad, distinta a la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, o sea, que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue. Para delimitar el significado de razonabilidad y racionalidad, se debe puntualizar que la primera apunta a una finalidad legítima, mientras que la segunda, a una finalidad lógica. ...; 5) La proporcionalidad, que implica que la relación o concatenación de todos los anteriores factores sea proporcional, que no se ponga en total desventaja a un sector, que la solución contra la desigualdad evidente no genere una circunstancia de nueva desigualdad<sup>1545</sup>; luego de ese razonamiento se concluye que el principio de igualdad, exige que todos deben ser tratados de forma igual; pero, dentro de esa generalidad, debe proporcionarse trato igual a aquellos entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis, situación y distinto trato a aquellos de características desiguales, por las condiciones en el medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias

---

<sup>1544</sup> EXP. cit. supra.

<sup>1545</sup> SSCC. 0049/2003 y 0029/2013.

particulares que los afectan; es decir, establece que debe existir trato igual entre iguales y trato diferente entre los desiguales.

Finalmente, necesario resaltar que el test de razonabilidad o test de igualdad utilizado por la Corte de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Constitucional de Bolivia, en sus diversas variaciones, tiene como antecedente (sin mencionarlo expresamente) el razonamiento que de manera general partió del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte IDH, pero no ha llegado hasta nuestros días con exacta enunciación, ya que la jurisprudencia ha ido cambiando las fórmulas iniciales<sup>1546</sup>, maneras distintas pero relacionadas, a través de las que también se puede determinar si con una determinada medida (regulación) se produjo o no la lesión al principio de igualdad.

#### **IV.4.5 Igualdad como prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos**

##### **IV.4.5.1 Discriminación**

El principio de igualdad ante la ley, como prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos, a nivel regional, tiene su base normativa básicamente en la previsión del art. 1.1. de la CADH<sup>1547</sup> y en alguna medida se encuentra en la referida previsión del art. 24 de dicha Convención<sup>1548</sup>, como se manifestó en el punto 4.1. del presente trabajo.

La existencia de grupos sistemáticamente excluidos, respecto a los que se abre una especial protección o con relación a los cuales debe darse una prohibición de discriminación, se entiende como aquellos grupos sociales

---

<sup>1546</sup> El test colombiano, al igual que el test alemán de proporcionalidad, con relación a su origen, van variando; en el último caso desde mediados de la década de los 90: “Aunque este proceso no es línea ni está exento de contradicciones, la utilización de este test y de sus tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto representa un salto cualitativo de gran importancia en el proceso de clarificación del principio de proporcionalidad”, como señala Markus González Beilfuss: *El principio ...*, op. cit., p. 148.

<sup>1547</sup> Que establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como a garantizar su ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción: “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

<sup>1548</sup> Cuando señala que todas las personas tienen derecho: “sin discriminación, a igual protección de la ley”.

respecto a los cuales hay: “preconceptos o prejuicios ... que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”<sup>1549</sup>, es decir se trata de grupos discriminados que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, respecto a los cuales hay que darles una particular protección, solo así se podrá lograr un trato equitativo entre los que están en igual situación y un trato no igualitario respecto a los que están en situación de desigualdad o respecto de los que son pasibles a sufrir discriminación por cualquier causa.

En el derecho internacional de los derechos humanos, varios son los tratados que protegen a grupos humanos que por alguna razón (temas raciales, de mujeres, discapacidad, minorías, etc.) se encuentran en situación de vulnerabilidad, dando definiciones de lo que se entiende por discriminación; por ejemplo a nivel de las Naciones Unidas, en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, se señaló que discriminación es: “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”<sup>1550</sup>; en similar sentido a lo señalado en Convenciones regionales, como lo indicado en el art. I.2.a) de la Convención

---

<sup>1549</sup> Courtis Chistian, citado por Marianne Gonzáles Le Saux y Oscar Parra Vera: “*Concepciones y ...*, op. cit., p. 135.

<sup>1550</sup> Igualmente se expresó en el art. 1 del Convenio N° 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo de 1958, donde en su art. 1 se indicó: el término discriminación comprende a: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; también en el art. 1.1. de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1965, manifestó que la expresión “discriminación racial” denotará: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”; asimismo, el art. 1 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW) de 1979, se señaló que: “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”; entre otros instrumentos universales.

Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999<sup>1551</sup>.

Las definiciones de discriminación dadas en los diversos tratados especiales de derechos humanos, como los señalados y otros, tienen como común denominador la distinción que se realiza fundada en algún motivo (raza, sexo, discapacidad, religión, posición económica, nacimiento o de cualquier otra índole), que tenga por objeto o por resultado anular, menoscabar, destruir o alterar la igualdad de trato, en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de un determinado grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad; en consecuencia, la: “definición de discriminación es funcional al resguardo de estos grupos”<sup>1552</sup>.

A partir de dichas definiciones dadas en instrumentos especiales de derechos humanos, en el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entiende que discriminación es: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>1553</sup>.

El goce o ejercicio de un derecho, en condiciones de igualdad, no significa de manera necesaria una: “identidad de trato en toda circunstancia”<sup>1554</sup>, o lo que es lo mismo, no toda diferencia de trato puede compararse con discriminación; para aclarar esas aseveraciones, es necesario recordar lo manifestado por Robert Alexy cuando señaló que la igualdad hay que entenderla: “en el sentido de un principio de igualdad, que *prima facie*, existe un tratamiento igual y sólo permite

---

<sup>1551</sup> En dicha previsión se establece que: “El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

<sup>1552</sup> Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera: “*Concepciones y ...*, op. cit., p. 144.

<sup>1553</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párrafo 7.

<sup>1554</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18 ..., cit. supra, párrafo 8.

un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas<sup>1555</sup>, es decir que para que exista un trato igual entre todas las personas, no es necesario expresar una motivación razonada, sin embargo es posible dar un trato diferenciado, respecto de una persona o un determinado grupo, que para no ser discriminados por su especial situación (raza, etc.), requieren una singular protección, situación en la cual es preciso o necesario realizar una argumentación o justificación de ese trato desigual.

Desde esa perspectiva, no todo trato diferenciado equivale a discriminación, sino solo el que es injustificado, el perjudicial o el que no es razonable para las personas; una argumentación muy interesante en esa línea, ya fue dada el año de 1966 por el Juez Tanaka, quién en un voto disidente manifestó que: “el principio de igualdad no significa igualdad absoluta, sino que reconoce igualdad relativa, es decir un trato distinto proporcional a circunstancias individuales concretas. El trato distinto no debe ser arbitrario, requiere razonabilidad, o debe ser conforme con la justicia”<sup>1556</sup>. Ese razonamiento el año de 1968, ha sido seguido por la Corte Europea de Derechos Humanos, en la que se manifestó: “el principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable”<sup>1557</sup>, lineamiento que el año de 1984, fue asumido de manera expresa por la Corte IDH<sup>1558</sup>.

No existe discriminación, cuando hay una diferencia en el trato con una justificación objetiva y razonable, asumiendo ese sentido, la Corte IDH señaló que: “Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”<sup>1559</sup>; a su vez, el TEDH, manifestó que: “El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención, también es violado cuando los

---

<sup>1555</sup> Robert Alexy: *Teoría de los ...*, p. 398.

<sup>1556</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), casos de África Suroccidental, segunda fase, Informes de la CIJ de 18 de junio de 1966, opinión disidente Juez Tanaka, párrafo 4.

<sup>1557</sup> Tribunal Europeo, caso relativo al Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica

<sup>1558</sup> Párrafo 56, OC-4/84 del 19 de enero de 1984; como se desarrolló de manera extensa, en el punto IV.4.4.1. del presente trabajo.

<sup>1559</sup> OC-4/84, párr.. 56.



Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente”<sup>1560</sup>.

En general, se consideró que las preferencias otorgadas a grupos dominantes son discriminatorias, a contrario *sensu* y en criterio de órganos jurisdiccionales de protección internacional, no hay discriminación y se respeta el principio de igualdad, cuando se realizan distinciones o diferencias en el trato, que se sustentan en justificaciones objetivas y razonables, al estar esas medidas destinadas a proteger a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad o de debilidad especial; asimismo, miembros de órganos no jurisdiccionales o convencionales internacionales, como son los Relatores Especiales de la ONU, reconocieron que: “no todo trato diferenciado equivale a discriminación, sino solo el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona”<sup>1561</sup>, lo que implica que las medidas o tratos diferenciados que se asumen a favor de quienes están en desventaja, son legítimas, no son discriminatorias y menos vulneran el principio de igualdad.

En resumen, hay que entender que la concepción de igualdad como prohibición de discriminación, implica la protección de un miembro de un grupo o de un sector de la población, que por alguna razón se encuentran en situación de fragilidad, sujeto o grupo que si es tratado en forma igual a la generalidad de los miembros de la sociedad, se lesiona su derecho a la igualdad, provocándose su exclusión al no tener la posibilidad de acceder a todos sus derechos; por todo ello, para establecer un equilibrio en el trato, es necesario que ese miembro del grupo desaventajado o todos sus integrantes, sean tratados con mayor protección o de forma desigual a la generalidad, a fin de no sufrir discriminación, sin que ello implique lesión o violación al derecho de igualdad.

#### IV.4.5.1.1 *Discriminación directa e indirecta*

De acuerdo a los instrumentos internacionales referidos en el punto anterior, la discriminación se entiende como una distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en determinados motivos (raza, color, religión, etc.), a su vez estos mismos tratados: “abordan medidas que tienen por objeto o por

---

<sup>1560</sup> Caso Thlimmenos v. Greece, sentencia de 6 de abril de 2000, párr. 44.

<sup>1561</sup> Dinah Shelton: “Prohibición ...”, op. cit., p. 25.

*resultado* el efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades de todas las personas<sup>1562</sup>; de ahí que se puede afirmar que la discriminación tiene por objeto o da por *resultado* la: “producción de un perjuicio, consistente en anular o menoscabar el reconocimiento ... de los derechos”<sup>1563</sup>; lo que implica que lo relevante de un trato diferente es determinar el resultado, pues existe discriminación, cuando ese trato distinto no es razonable, es arbitrario y contrario a la justicia, produciendo un efecto dañino, adverso o perjudicial en contra de un determinado grupo de personas.

La discriminación, asume una doble modalidad: la discriminación directa y discriminación indirecta. La discriminación directa es aquella que: “prohíbe un trato diferenciado injustificado que esté directamente relacionado con la pertenencia de una persona a una de las categorías protegidas: sexo, etnicidad, etc.”<sup>1564</sup>, también se dijo que hay discriminación directa: “cuando, por motivos de origen racial o étnico (u otro), una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”<sup>1565</sup>.

A partir de esas definiciones (dadas por el Comité de Derechos Humanos y en el marco de normas dadas en Directivas de la CE), la doctrina desarrolló una interesante conceptualización cuando se manifestó que: “Discriminaciones directas son aquellas situaciones en las que se encuentra una persona que sea, haya sido o vaya ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable”<sup>1566</sup>; es decir que hay discriminación directa, cuando voluntaria y conscientemente, por acciones u omisiones -por razones de origen, etc.-, se ocasiona un perjuicio o un resultado adverso, en contra de una persona de un determinado grupo humano o en contra de todo un grupo humano.

---

<sup>1562</sup> Op. cit. supra, p. 29.

<sup>1563</sup> Claudio Nash R. y Valeska David C.: “Igualdad y no ...”, op. cit. p. 171.

<sup>1564</sup> ONU. ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Estudio Analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización. E/CN.4/2004/40 de 15 de enero de 2004, párr. 12.

<sup>1565</sup> Art. 2.2.a, de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, de 29 de junio de 2000. Esta directiva ha sido analizada con mayor amplitud por Fernando Rey Martínez: “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, en la Revista de Derecho Político de la UNED N° 57, Madrid, 2003, pp. 91-103.

<sup>1566</sup> Enrique Álvarez Conde. “Principio ...”, op. cit., p. 40.

Al referirse a la discriminación directa, el Tribunal Constitucional del Perú entendió que una: “norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo (etnicidad, religión, etc.) es inconstitucional”<sup>1567</sup>, asimismo corresponde dejarse sin efecto la política discriminatoria, recayendo la responsabilidad en la persona que actuó discriminatoriamente, siempre y en última instancia, en el funcionario público que dicto la norma o dispuso la política pública.

Con relación a la discriminación indirecta, muchos son los estudios doctrinales y principalmente la jurisprudencia que se ha referido a la misma, buscando entender su alcance; donde se ha originado el concepto de discriminación indirecta, ha sido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano, en una Sentencia de 1971<sup>1568</sup>, en la que se señaló que las prácticas que realizaba la empresa demandada: “incluso aunque fueran neutrales en su intención” (y no racistas), no pueden mantenerse “si sirven para ‘congelar’ el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo”, además de señalar que hay que mirar: “a las consecuencias” de la política empresarial y “no sólo a su intención”, de forma tal que si la medida excluye a un grupo (negros) y no se demuestra su utilidad, debe ser una medida a prohibirse.

Para el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la discriminación es indirecta cuando se refiere a una: “medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas”<sup>1569</sup>, es decir que para que haya discriminación indirecta: “no hace falta acreditar intención”<sup>1570</sup> o “no es necesario demostrar la intención de discriminar y muchos

---

<sup>1567</sup> EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, párr. 47; Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, que de los referido por los órganos internaciones, asumió los criterios de discriminación directa.

<sup>1568</sup> Caso Griggs Vs. Duke Power Company, Sentencia de 8 de marzo de 1971; el tema de discusión en este caso era determinar la conformidad o no con la Constitución, de las prácticas que realizaba una compañía de electricidad de Carolina del Norte, quienes para contratar y/o promocionar a los funcionarios, exigía la culminación de los estudios secundarios, en forma conjunta o alternativa se pedía la realización de dos test de inteligencia general, lo que perjudico a quienes formaban parte de la comunidad negra.

<sup>1569</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos. Caso Derksen Vs. los Países Bajos. CCPR/C/80/D/976/2001, párr. 9.3.

<sup>1570</sup> Anne Bayefsky: “El principio de igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional” en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1.2, 1990, p. 8. Esta posición la dio cuando realizaba un análisis del voto del Juez Tanaka, en un caso que el año de 1966 se resolvió en los de África Suroccidental, al que ya se hizo referencia en el punto anterior del presente trabajo.

casos se han basado en la disparidad de impacto<sup>1571</sup>; un ejemplo, de discriminación indirecta, se ha dado en un caso en el que de acuerdo a la religión del denunciante -debe utilizar turbante- y se considera indirectamente discriminado con aquella ley (emitida sin intención de discriminar) que exige que todos utilicen cascos de seguridad en determinados empleos<sup>1572</sup>.

Asimismo, el indicado Comité de los Derechos Humanos, indicó que la discriminación indirecta se produce cuando una: “medida neutra tiene un efecto discriminatorio desproporcionado sobre diferentes grupos de personas, y cuando esta medida no puede justificarse con criterios razonables y objetivos”<sup>1573</sup>, o como entendió el Tribunal Constitucional del Perú, es indirecta la discriminación cuando existen: “tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo”<sup>1574</sup> (o por razones de origen, religión, etc.).

En cuanto a los resultados -referidos al hablar de la discriminación en general, o de la discriminación directa en particular-, también se aplica a la discriminación indirecta, como también entendió el Comité de Derechos Humanos sobre discriminación, cuando señaló que: “una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los *resultados* negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”<sup>1575</sup>; nuevamente se destaca que lo relevante o importante es el efecto o resultado discriminatorio (resultado negativo), que se da cuando se emiten normas o se tiene prácticas determinadas que causan daño a una persona o un grupo determinado, por ser parte del mismo, en estos casos resulta evidente que el Estado no cumple su obligación de tratar diferente a quienes están en situaciones distintas o tratar igual a los que están en posiciones divergentes.

---

<sup>1571</sup> Dinah Shelton: “Prohibición ...”, op. cit., p. 29.

<sup>1572</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos. Caso Singh Binder Vs. Canadá, N° 208/1986.

<sup>1573</sup> ONU. ECOSOC. ... E/CN.4/2004/40, op. cit., párr. 12. Sobre la medida aparentemente neutra, ya se refirió el Comité de Derechos Humanos, como se manifestó.

<sup>1574</sup> Así se indicó en la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional del Perú, correspondiente al EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, párr. 47 citado.

<sup>1575</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos. Caso Derksen Vs. los Países Bajos. CCPR/C/81/D/1160/2003, párr. 9.4.

Los tribunales jurisdiccionales internacionales regionales, tampoco han estado ajenos en su jurisprudencia de lo que se entiende por discriminación, así la Corte IDH, expresó que: “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”<sup>1576</sup>; las discriminaciones de jure están vinculadas a la emisión de normas jurídicas y su aplicación a casos concretos, a su vez, las discriminaciones de facto se refieren a las prácticas y situaciones que se dan como consecuencia de la fuerza con la que se producen determinados hechos.

Con relación al Tribunal de Estrasburgo, el concepto de discriminación indirecta: “ha adquirido carta de naturaleza en la jurisprudencia que resume la Gran Sala en el caso D.H. y otros contra República Checa”<sup>1577</sup>, también conocido como “caso Ostrava”<sup>1578</sup>, en este caso se analiza una discriminación indirecta porque se aplica un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (en el ejemplo sería la capacidad intelectual de los niños en referencia a su ingreso a un tipo u otro de escuela), que dio lugar a un resultado dañoso o perjudicial con relación a una minoría racial en desventaja (en el ejemplo estaría vinculado con la separación de la mayoría de los niños gitanos) en comparación con el grupo social mayoritaria; dicho de otra manera, la medida asumida por el gobierno checo, puede dar lugar a constatar que se produjo: “una diferencia de trato (que) puede consistir en el perjuicio desproporcionado causado por una política o por una medida que, aún formulada de manera neutra llegue a tener un efecto discriminatorio sobre el grupo”<sup>1579</sup>.

Finalmente, al hacer referencia a la discriminación indirecta, hay que tener en cuenta que una medida aparentemente imparcial, puede ocasionar discriminación y como resultado causar daño a una persona que ha sido tratada

---

<sup>1576</sup> OC-18/03, párr. 103.

<sup>1577</sup> René Santamaría Arinas: “Prohibición de Discriminación”. *Convenio Europeo de Derecho Humanos. Comentario Sistemático*, Ed. Thomson Reuters y Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009, p. 684.

<sup>1578</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emitió la Sentencia D.H. y otros contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, que resolvió un caso de discriminación racial en relación con el derecho a la educación de dieciocho niños gitanos; en aquel caso la mayoría de la Gran Sala del Tribunal llegó al convencimiento de que se hubiera producido la violación del art. 14 del Convenio (prohibición de discriminación); el gobierno checo trató de demostrar que la diferencia de trato no fue discriminatoria, en cuanto el envío de esos niños a colegios especiales para discapacitados mentales, sería una práctica del 75% de los menores niños gitanos y con el previo consentimiento de sus padres.

<sup>1579</sup> René Santamaría Arinas: “Prohibición ...”, op. cit. p. 684.

de manera igual frente a otras que están en situación diferente, esto lejos de equilibrar las relaciones, profundiza las desigualdades que se dan en sociedad, como consecuencia de prejuicios estructurales o institucionales, que a menudo se manifiestan de manera clara (aún en discriminación indirecta) y otras pasan desapercibidamente, pero en cualquier caso, es deber de cada Estado identificar las causas de discriminación y desigualdad.

#### **IV.4.5.2 Categorías sospechosas**

El art. 1.1. de la CADH, prohíbe la discriminación por una serie de causas específicamente detalladas, como son: “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, causas que corresponden a una: “lista de categorías sospechosas por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones”<sup>1580</sup> o sería prohibido discriminar.

De la lectura de la previsión señalada se evidencia una serie de causas expresamente regladas (raza, color, etc.), además se constata la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, cuando se refiere a “cualquier otra condición social”, conjunción que *per se* denota la existencia de diferencia o una separación de ideas, que implicaría de manera alternativa que podría ser lo uno o podría ser lo otro, es decir podría ser uno de los motivos expresamente reglados o podría entenderse que los términos “cualquier otra condición social” implicaría especie de cláusula abierta, en la medida que a través de sus términos, se abriría la posibilidad de alejarse de una lista cerrada de supuestos de discriminación y colocarse frente a nuevos motivos posibles de discriminación que no están taxativamente regulados en la CADH, pero que se dan y existen en la práctica, como por ejemplo el caso de personas con diversa orientación sexual, discapacitados, etc. etc.

Cuando en un instrumento internacional no se han detallado de manera expresa todos los posibles motivos de discriminación, el medio para establecer la existencia o no de formas de discriminación -por tanto violación o no del principio de igualdad-, será a través de la frase “cualquier otra condición social”, como ha

---

<sup>1580</sup> Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera. “Concepciones ...”, op. cit., p. 157.

sido reconocido de manera reiterada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, cuando señaló que la nacionalidad adquirida como consecuencia de una independencia, entra dentro del ámbito de “cualquier condición social” o cuando no se adujo que el trato diferente se debió a causa de uno de los motivos enumerados u “otra condición social” establecida en el art. 26 del PIDCP<sup>1581</sup>. En similar sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que el ejercicio de derechos sin discriminación: “basada en determinados motivos especificados “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad”<sup>1582</sup>, lo que implicaría que la discapacidad resultaría ser un motivo de discriminación, a partir de la cláusula abierta referida a cualquier otra condición social.

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva N° 18/2003, expresó que no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de: “género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”<sup>1583</sup>, afirmación que sin una explicación razonable, se aparta de las causas expresas señaladas por la CADH, que por una parte no hacen mención alguna a la convicción, origen étnico, edad, patrimonio o estado civil referidas en la OC señalada y, por otra, cambia las razones de “sexo” a “género”, de “posición económica” a “situación económica”, de “opiniones políticas” a “opinión política”, de “otra condición social” a “otra condición”.

Nadie va a negar que el estado civil, la edad, el patrimonio, el origen étnico y otros (no señalados expresamente en la CADH y sí en la OC 18/03), puedan en algún momento dar lugar a que como miembro de un grupo determinado, se

---

<sup>1581</sup> Comité de Derechos Humanos, Caso Gueye Vs. Francia, Comunicación N° 196/1985. A/44/40 (1989), párrafo 9.4. Asimismo, en el Caso B. Vs. Países Bajos, Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989), párrafo 6.7. Asimismo, muchos son los casos que se han expresado en ese sentido, tal el caso BdB Vs. Netherlands, 272/1989, donde se expresó que los solicitantes que presenten demanda en mérito al Protocolo Opcional al PIDCP deben justificar que la diferencia de trato se debe a su condición de miembro de un grupo identificable y definido; ese tipo de grupos forman parte de la previsión referida a la frase “cualquier otra condición”, lo que abarcaría a estado civil, nacionalidad, ciudadanía, edad, desempleo, etc., como se señaló en una serie de casos, tal: Danning Vs. Netherlands, 180/1984; Sprenger Vs. Netherlands, 395/1990; Hoffdman Vs. Netherlands, 602/1994; Griffin Vs. Spain, 493/1992; Adam Vs. Czech Republic, 496/1994; Gómez Vs. Spain, 865/1999; entre muchos otros casos.

<sup>1582</sup> Observación General N° 5, párr. 5 (discapacidad); en igual sentido se pronunció en Observación General N° 6, párr. 11 (edad).

<sup>1583</sup> Párrafo 101.

generen situaciones discriminatorias que sean lesivas al derecho a la igualdad, pero no habría sido menos interesante conocer las razones que tuvo la Corte IDH, para incluir esos motivos, como parte de categorías sospechosas o nuevas categorías prohibidas de discriminación, que de manera racional y fundada justifiquen la ampliación del catálogo original.

El cambio que se produjo en la mención de algunas categorías, no es solo una cuestión de forma, que se podría analizar desde un punto de vista cuantitativo, como es por ejemplo el tema de la “posición económica” a “situación económica” o lo que va de “opiniones políticas” a “opinión política”; sino también ese cambio hace a situaciones de fondo y más vinculado a aspectos cualitativos, en la medida que por ejemplo el término sexo no tiene el mismo alcance que el género<sup>1584</sup>, lo que también sucede con la frase de “cualquier otra condición social”, con referencia a “cualquier otra condición”<sup>1585</sup>.

Varios son los análisis doctrinarios que han tratado de entender el alcance de la frase “cualquier otra condición social”, así se manifestó que el término implica: “determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación, jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria”<sup>1586</sup>, apreciación que se la da desde la perspectiva de la lesión al principio de igualdad y no así de su protección; sin embargo, una visión más apropiada la da Ariel E. Dulitzky cuando considera que otra condición social: “implica que ella se da en un contexto determinado, es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo “social”, amplía enormemente las posibilidades”<sup>1587</sup>, es decir que el criterio prohibido de discriminación estaría determinado únicamente al

---

<sup>1584</sup> El “sexo”, se sabe que está referido a aspectos biológicos y anatómicos, en cambio el “género” es el relativo a una construcción social, con ese alcance, además de tener repercusiones psicológicas y culturales.

<sup>1585</sup> La mención de “cualquier otra condición” (sin el término social), señalado por la Corte Interamericana, estaría en la línea del art. 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, que al referirse al listado de las razones prohibidas de discriminación, luego de utilizar la conjunción disyuntiva “o”, hace solo mención a “cualquier otra condición”.

<sup>1586</sup> Como manifestó Anne Bayefsky, citado por Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera. “Concepciones ...”, op. cit., p. 158.

<sup>1587</sup> Ariel E. Dulitzky: “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, año 2007, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 18. Disponible en [www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl)



ámbito social o se ampliaría a otros campos: económico, político, social, jurídico, etc..

Por aspectos que han sido precedentemente referidos, se coincide con la posición que señaló que: “ni la Corte ni el Comité de Derechos Humanos aún han definido claramente el alcance del concepto “cualquier otra condición social”<sup>1588</sup>, es que ninguno de estos órganos a nivel regional y universal, han establecido con claridad el alcance y los efectos de la denominada cláusula abierta de las categorías sospechosas, razón por la que la determinación de la prohibición de discriminación tiene que ser sometida de manera necesaria a una rigurosa justificación o criterios estrictos de motivación, como se pasa a detallar.

Las distinciones que se fundan en factores prohibidos de discriminación, expresa e implícitamente -cualquier otra condición social- contenidos en instrumentos internacionales (categorías prohibidas), deben estar sometidos a un examen muy exigente y riguroso por parte del órgano jurisdiccional, que ya no puede quedarse únicamente en la tradicional doctrina de una “justificación objetiva y razonable” para un trato diferenciado, que se sustento en criterios de razonabilidad de la autoridad pública, en la elección de los medios y fines para establecer las diferencias en el trato, como el año de 1968 se expresó, en la jurisprudencia del TEDH<sup>1589</sup>.

Las interpretaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales, no son estáticas, están en movimiento y en permanente de evolución, es así que la propio TEDH el año de 1985, considero que: “el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy en día un objetivo central de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención”<sup>1590</sup>. Muchas otras interpretaciones se han realizado en ese sentido, así se indicó que: “razones de gran peso habrán de plantearse antes que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención”; “una distinción basada esencial y solamente en la religión no es aceptable”; “debe prestarse una

---

<sup>1588</sup> Op. cit. supra, p. 19.

<sup>1589</sup> Caso del Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica, punto I.B.1.

<sup>1590</sup> Caso Andaluziz, Cabaes y Balkandakli Vs. Reino Unido, párr. 78.

especial importancia en materia de raza<sup>1591</sup>; todos esos razonamientos llevan afirmar que categorías sospechosas como: sexo, nacimiento, religión, raza, etc. exigen que el poder público demuestre y acredite de la mejor manera posible, no solo la existencia de un interés legítimo, sino la presencia de una necesidad pública urgente o un interés social imperioso para realizar una diferencia de trato.

También varios son los casos en los que la CIDH empezó a utilizar el criterio estricto en sentido de que los Estados para efectuar una diferencia en el trato que no sea considerada discriminatoria, tienen la obligación de: “demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible<sup>1592</sup>”, en ese sentido grandes son los desarrollos que se han dado.

La CIDH señaló: “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se haya aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”; también se expresó que: “las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso ... (en el que) se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”; con relación a la diferencia de trato en cuanto al sexo, se manifestó que son: “fuertemente sospechosas de ilegalidad”, debiendo el Estado dar razones de mucho peso para su justificación, siempre que la distinción obedezca a factores o categorías sospechosas, la norma o política que la utiliza serán observadas bajo un criterio intenso o estricto; también se señaló que: “toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo ... están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”; se indicó : “cuando se utilizan criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios<sup>1593</sup>”.

---

<sup>1591</sup> Casos: Inze Vs. Austria, de 28 de octubre de 1987, párr. 41; Hoffmann Vs. Austria, de 22 de junio de 1993, párr. 36; Chipre Vs. Turquía, de 10 de mayo de 2001, párr. 306, respectivamente.

<sup>1592</sup> Ariel E. Dulitzky: “El principio ...”, op. cit., p. 20.

<sup>1593</sup> Caso María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala, Caso 11.625, Informe N° 28/98, párr. 36; Informe Anual de la CIDH 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, dic. 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo

La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, no se ha caracterizado precisamente por realizar desarrollos doctrinales sobre el sentido de las categorías sospechosas de discriminación, sin embargo de ello, algunos órganos jurisdiccionales de la región si han efectuado importantes interpretaciones al respecto, como es por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia, que en 1998 ya señaló que son categorías sospechosas aquellas que: “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”<sup>1594</sup>. Asimismo complementando ese razonamiento, en Sentencia C-673/01, se indicó que se aplica un test estricto de razonabilidad, con elementos de análisis mucho más exigentes por ejemplo: “1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”<sup>1595</sup>, es que para realizar una diferencia en el trato que no se considere discriminatoria, de manera necesaria tiene que existir un interés especialmente relevante, que responda a una necesidad social imperiosa, por eso el fin de la medida no solo debe ser legítimo sino imperioso, además el medio no sólo debe ser adecuado y conducente, sino que debe ser necesario.

Otro país de América que ha efectuado un importante desarrollo en el tema relativo a las categorías sospechosas y su necesaria justificación, es el Tribunal

---

VI, sección II, punto B; Informe de Fondo N° 4/01, Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 31 y 36; Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.1 16 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002, párr. 338; Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia, OEA/Ser./L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80; respectivamente.

<sup>1594</sup> Así se expresó en Sentencias C-481/98, T-098/94, C-112/00, C-093/01, C-101/05, entre muchas otras.

<sup>1595</sup> Punto 7.2 de la indicada Sentencia C-673/01. También dicha Sentencia ha sido referida en este trabajo, en el punto IV.4.4.2. relativo al desarrollo del test de proporcionalidad (o de razonabilidad).

Supremo de Venezuela, en el que se manifestó que: “a) la necesidad de la probanza plena de la justificación, probadamente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida”<sup>1596</sup>.

En la línea de la jurisprudencia señalada, se tiene que los criterios de razonabilidad y estricta justificación para una diferencia de trato que no se considere discriminatoria, ha dado lugar a que la doctrina considere que es: “el Estado (quien) deba presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”<sup>1597</sup>, es que: “todo trato desigual basado en ... un escrutinio especialmente riguroso ... requiere en un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad”<sup>1598</sup>.

En el caso de que las razones dadas por el Estado no sean suficientes ni satisfactorias para explicar las diferencias de trato, se violan las normas derechos humanos y constitucionales, es que es obligación de las autoridades expresar los motivos que se consideren necesarios y que llevan a proteger de manera especial una determinada categoría (llamada sospechosa), sin que por esa distinción legal o regulación de trato diferenciado se considere que se hayan cometido actos arbitrarios o lesivos al derecho a la igualdad.

En consecuencia, el trato desigual basado en las diferencias de raza, sexo, etc., debe tener una justificación no solamente que sea objetiva y razonable, sino que también sea: “especialmente fuerte y perceptible ... (o) intensa y visible”<sup>1599</sup>, es que las diferencias de trato basadas en las denominadas categorías sospechosas, necesitan de una especial carga justificatoria a cuenta del Estado o inversión de la carga de la prueba<sup>1600</sup> impuesta a las autoridades del poder público; esto significa que corresponde a quién se le imputa un trato desigual (Estado) demostrar que no discrimina o expresar las razones que tuvo para establecer una determinada distinción legal, dicho de otra manera, existe

---

<sup>1596</sup> Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, de 03 de mayo de 2000.

<sup>1597</sup> Ariel E. Dulitzky: “El principio ...”, op. cit., p. 23.

<sup>1598</sup> Op. cit. supra, p. 20.

<sup>1599</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ...”, op. cit. pp. 162 *in fine* y 163.

<sup>1600</sup> Es una regla de derecho, que en materia laboral, la carga de la prueba siempre es de responsabilidad del empleador. A su vez, tratándose del derecho a la igualdad: “corresponde a quién se le impute un trato desigual por razón de sexo (Estado) demostrar que no discrimina” (STC 81/82, caso ATS).

inversión de la carga justificatoria que recae sobre el Estado quién debe: “demostrar las razones concretas que le condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal”<sup>1601</sup>.

#### **IV.4.5.3 Desigualdades estructurales**

A través de los años y de la historia de la humanidad, determinados sectores de la población se encuentran en una: “situación de exclusión social o “sometimiento” de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas, sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”<sup>1602</sup>, lo que implica que estos grupos vulnerables se encuentran limitados de gozar y de ejercer todos sus derechos, en la misma medida que lo hacen el resto de los miembros de una sociedad.

Dichos conglomerados de personas, corresponden a las: ““categorías sospechosas” (que) no son sino expresión de la exclusión o subordinación histórica de determinados grupos”, de ahí que se pueda hablar del fenómeno de la discriminación estructural o sistemática, que tienen que soportar aquellas personas que por ser miembros de un determinado grupo (en razón de sexo, género, indígena, migrante, escasos recursos, discapacidad, origen, etc. etc.), como resultado del complejo relacionamiento social, son discriminados por prejuicios y estereotipos que devienen de prácticas sociales, culturales, institucionales, que impide el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de sus congéneres.

Es necesario una tutela especialmente particular que se dé con relación a determinados grupos humanos (que sufren de discriminación estructural), no implica que se sobreponga el grupo sobre el individuo o viceversa, pues la: “visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su permanencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y

---

<sup>1601</sup> Ariel E. Dulitzky: “El principio ...”, op. cit., p. 24.

<sup>1602</sup> Roberto Saba: “Igualdad estructural” en *Derecho y humanidades*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 11, 2005, p. 126.

aquellos que no”<sup>1603</sup>, esa mirada estructural permite una relación de equilibrio entre un grupo (tradicionalmente marginado) con relación a las personas que lo componen, sin pretender infra o supra valorar al grupo o al individuo.

La noción estructural de la igualdad, tiene dos caras opuestas, pero parte de lo mismo, pues por un lado está la denominada *discriminación estructural* y por otro lado está la *igualdad estructural* (que coincide con la igualdad material o sustancial<sup>1604</sup>), a través de la que se logra equiparar a todos los individuos en una igualdad real. Así existen supuestos en los que se produce una *discriminación estructural*: “Primero, ... la exclusión o subinclusión de personas pertenecientes a un grupo sistemáticamente marginado..., segunda hipótesis ... la identidad de trato que reciben tanto personas que no forman parte de un grupo desaventajado, como a otras que sí integran uno... (trato homogéneo que se brinda a personas en circunstancias disímiles) ...”<sup>1605</sup>; estos supuestos conducen a otro que es el de la *igualdad estructural* que en: “tercer lugar ... versan sobre el trato preferente que se otorga a personas que pertenecen a un grupo sistemáticamente excluido”<sup>1606</sup>.

El enfoque clásico de la igualdad (igualdad formal), frente a prácticas consideradas discriminatorias (discriminación estructural), da lugar a la igualdad estructural (igualdad material), que obliga al Estado a crear normas e implementar políticas públicas, que tengan en cuenta la vulnerabilidad de ciertos grupos o la adversidad en la que se encuentran para hacer efectivo el goce de sus derechos. Tratando de explicar la brecha que se produce entre la igualdad formal clásica, con la igualdad estructural contemporánea, en la que existe necesidad de proteger a diferentes grupos vulnerables o discriminados, la CIDH expresó que: “Una primera formulación de este principio (de igualdad) condena la existencia de normas, prácticas o políticas por las cuales un hombre, por el sólo hecho de ser hombre ... es elegido para un cargo. Esta acepción del principio de no discriminación prohíbe que las personas sean tratadas desigualmente en razón de su sexo”<sup>1607</sup>.

La Corte IDH, también reconoció la existencia de una serie de grupos vulnerables o marginados, que históricamente se han ido presentando en el

---

<sup>1603</sup> Roberto Saba: “Igualdad ...”, op. cit., p. 138.

<sup>1604</sup> Este es un aspecto que ya ha sido desarrollado en el punto IV.4.2. del presente trabajo.

<sup>1605</sup> Claudio Nash R. y Valeska David C.: “Igualdad y no ...”, op. cit. pp. 175 *in fine* y 176.

<sup>1606</sup> Op. cit. supra, p.176.

<sup>1607</sup> CIDH: “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas ...”, op. cit., párrafos 72-74.

desarrollo de las diversas sociedades y que reflejan a las denominadas desigualdades estructurales o discriminación estructural; por ejemplo el año 2003, al referirse a los trabajadores migratorios indocumentados, señaló que: “se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad ... se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”<sup>1608</sup>.

En esta mención de fallos emitidos por la Corte IDH, no podría dejarse de mencionar el pronunciado el 2009, en el que de manera expresa se reconoció la discriminación estructural, que justifica medidas reparatorias en caso de violencia contra mujeres y discriminación; así se manifestó que: “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”<sup>1609</sup>.

Al margen del caso concreto, la Corte IDH dejó sentadas las bases para aplicar una determinada medida restitutiva cuando se trate de discriminación estructural, que pesa sobre determinados grupos vulnerables (mujeres -como en el caso-, indígenas, discapacitados, migrantes, etc.), siendo ese uno de los medios que puede contribuir a eliminar la discriminación en aquellos casos que son de naturaleza estructural; acá no es relevante el hecho de que la medida implica una situación de privilegio para los destinatarios (grupos vulnerables), sino lo importante es que con esa medida se busca asegurar la eliminación de la discriminación estructural.

---

<sup>1608</sup> Corte IDH OC -18/03 de 17, párr. 112 (migrantes). En igual sentido de lo expresado en el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 08 de septiembre de 2008, párr. 134 (niñas y mujeres); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189 (pueblos indígenas); Caso Ximenes López Vs. Brasil, Sentencia de 04 de julio de 2006, párr. 103-105 (personas que sufren discapacidad mental).

<sup>1609</sup> Corte IDH Caso Gonzales y otras (Campo algodón) Vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

#### IV.4.5.4 *Acciones positivas de los Estados*

Es convencional y constitucionalmente admisible que los Estados asuman medidas destinadas a favorecer a ciertos grupos o colectivos humanos que se encuentran en una situación de desventaja, de ahí que hablar de acciones del Estado tiene como punto de partida, la existencia de categorías sociales que se encuentren en desventaja o discriminación, o estén frente a relaciones desiguales no justificadas ni razonables; es que la manera de salir de esa marginación y prejuicio social, así como de lograr una igualdad real o equilibrar la desigualdad real, es a través de las medidas que asuma el Estado, que serán: “medidas no solamente negativas sino positivas de integración, reconocimiento o mejora de la situación de estos grupos que les permita acceder a los bienes sociales y romper jerarquías estructurales”<sup>1610</sup>, o cuando el Estado logre aplicar medidas que estén destinadas a los grupos sistemáticamente excluidos, dándoles un trato preferencial que les permita disfrutar de sus derechos y realizar sus legítimos planes de vida.

Las medidas u obligaciones positivas: “son las que buscan mejorar la situación de determinado grupo de personas a través de apoyos directos a los miembros del grupo que se encuentra en desventaja social”<sup>1611</sup>, por ejemplo, un programa de infraestructura, desgravaciones fiscales, ayudas o subvenciones, etc. todas de apoyo a los indígenas, si bien esas medidas benefician a dicho grupo, no perjudica a otros colectivos específicos o a todos los miembros de la sociedad; la finalidad de este tipo de acciones positivas, es: “traer a los miembros de grupos infrarrepresentados, usualmente grupos que han sufrido discriminación, a un grado más alto de participación en determinados programas benéficos”<sup>1612</sup>, logrando una igualdad real de oportunidades, al mejorar sus condiciones, sin que por ello se perjudique a nadie.

La teoría de las acciones afirmativas o medidas positivas que deben asumir los Estados, para lograr la igualdad, tiene su origen en los años 60, época en la

---

<sup>1610</sup> Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera. “Concepciones ...”, op. cit., p. 145.

<sup>1611</sup> Mario Santiago Juárez: “Igualdad y acciones afirmativas en el ámbito de la educación a favor de indígenas en México” en *Acciones Afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, p. 197.

<sup>1612</sup> Como señala Greenawalt, citado por Michel Rosenfeld: “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas” en *Acciones Afirmativas ...* op. cit., p. 53.



que se generaron los movimientos de defensa de los derechos civiles en contra de la segregación racial de Estados Unidos<sup>1613</sup>; posteriormente en el contexto internacional con la denominación de medidas oportunas o medidas especiales se las va consolidando normativamente a nivel universal<sup>1614</sup>, a su vez, regional y normativamente, se las regula en la CADH de 1969, que en sus arts. 1.1. y 2, al referirse a los derechos y libertades, manifestó que los Estados partes se comprometen a respetarlos y si su ejercicio no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar las disposiciones, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades; es decir, que a partir de un compromiso, los Estados tienen la obligación de fijar las medidas que sean necesarias (legislativas u otras), para asegurar el goce y disfrute de los derechos y libertades de todas las personas sin discriminación alguna.

También se ha referido a las obligaciones afirmativas o medidas positivas, un organismo convencional y cuasi jurisdiccional, como es el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que al referirse al principio de igualdad y de no discriminación, pasó a identificar los “componentes justiciables” de “los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., los derechos a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, sobre todo en sus aspectos referentes a la no discriminación”<sup>1615</sup>. Asimismo, en la Observación General N° 4 de 1981,

---

<sup>1613</sup> Orden Ejecutiva N° 10925 de 6 de marzo de 1961, por la que se creó el Committee on Equal Employment Opportunity.

<sup>1614</sup> En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y que entro en vigor el 23 de marzo de 1976, en su art. 2.2. se estableció que: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”; también así se ha regulado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y en vigor el 3 de enero de 1976, art. 2.1. Con la denominación de medidas especiales, se regula en una serie de instrumentos internacionales, tal: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 1.4 en el que se establece que: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron; igualmente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4.1; etc.

<sup>1615</sup> Como reconoce Augusto Cançado Trindade: “La exigibilidad ..., op. cit., p. 285, al referirse a la labor prolífera que tiene el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

refiriéndose al derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, señaló que los Estados partes deben asegurar: “la prevención de la discriminación por varios motivos,... (asumiendo) no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”<sup>1616</sup>.

En esa lógica, en la Observación General No. 18 de 1989, se reconoce la necesidad de que existan: “disposiciones positivas ... para reducir o eliminar las condiciones que originan o que facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”<sup>1617</sup>; también en la Observación General N° 23 de 1994 se indicó que es: “necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo”<sup>1618</sup>.

No esta ajeno a lo razonado lo dicho en la Observación General N° 31 de 2004 en la que se manifestó que: “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado”, también se indicó que: “Se recuerda a los Estados la relación recíproca entre las obligaciones positivas impuestas ... y la necesidad de prever remedios eficaces en caso de que se produzca una violación ... existen obligaciones positivas impuestas a los Estados Partes para abordar las actividades de las personas o entidades privadas”<sup>1619</sup>.

En todas esas observaciones el Comité de Derechos Humanos, hizo mención a las obligaciones que deben asumir los Estados partes, de adoptar las medidas de cualquier naturaleza, para asegurar el ejercicio de los derechos de todos los seres humanos, pero esta actividad pese a ser en el fondo la misma, ha recibido un sin fin de denominaciones, así se ha referido a la misma como acciones positivas, disposiciones positivas, medidas positivas y obligaciones positivas de los Estados partes, para que no exista discriminación; denominaciones diversas que en el fondo resultan ser reflejo de lo mismo o están destinadas al mismo fin, que es asegurar la igualdad real de todos los estantes y habitantes de los diversos Estados o que gocen de sus derechos sin

---

<sup>1616</sup> Observación General N° 4, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981), art. 3.2.

<sup>1617</sup> Observación General N° 18, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 10.

<sup>1618</sup> Observación General N° 23, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994), art. 27, 6.2.

<sup>1619</sup> Observación General N° 31, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 8.

discriminación alguna, de ahí que en este estudio se menciona indistintamente cualquiera de esas denominaciones.

A partir de las consagraciones normativas que inicialmente se dieron en el ámbito universal, luego en el regional, las interpretaciones que de ellas hizo el organismo cuasi jurisdiccionales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, otros organismos jurisdiccionales regionales, tal el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que en 1988 ya se pronunció sobre temas de discriminación y la necesidad de existencia de normas (como expresión de acciones positivas de los Estados) que concedieran ventajas a grupos específicos, como son las mujeres que trabajan y son madres de familia<sup>1620</sup>. De manera más específica, dicho Tribunal en el año de 1995, admitió y reconoció la existencia de acciones afirmativas, al: “autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social”<sup>1621</sup>, permitiendo de esa manera la adopción de acciones o medidas positivas que potencian la igualdad de oportunidades de la mujer en el empleo, como una manera de superar la condición social y cultural distinta a la que históricamente tiene que hacer frente este colectivo humano; sin embargo ese mismo tribunal rechazó de manera expresa las preferencias absolutas e incondicionadas que se asumen a favor de ese colectivo<sup>1622</sup>.

El que se asuman medidas -como son normas jurídicas, políticas públicas, etc.-, que estén destinadas al ejercicio de la obligación positiva del Estado, no es una obligación que no tenga límites ni fin, pues como en 1998 reconoció la Corte Europea de Derechos Humanos la: “obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”, esto teniendo en cuenta: “las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos”<sup>1623</sup>; es que si bien

---

<sup>1620</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Francia, (312/86) Sentencia de 25 de octubre de 1988.

<sup>1621</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, fundamento 17.

<sup>1622</sup> Sentencia cit. supra, fundamentos 22 y 23.

<sup>1623</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Casos: Osman Vs. United Kingdom de 28 de octubre de 1998, párr. 116; Kiliç Vs. Turkey, de 28 de marzo de 2000, párr. 63.

es cierto que los Estados deben asumir las medidas u obligaciones positivas que sean necesarias para el resguardo y respeto de todos los derechos de quienes estén bajo su jurisdicción -como es el ejercicio de los mismos siempre en igualdad de condiciones-, no es menos cierto que esa obligación positiva debe tener una base real, sin que sea exagerada o por ser tan exigente llegue a convertirse en una de imposible cumplimiento.

En cuanto al momento del nacimiento de la responsabilidad del Estado, por no haber cumplido con una obligación positiva, la Corte Europea también manifestó que: “Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían ... de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida ... y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo”<sup>1624</sup>.

Estos criterios respecto a las obligaciones positivas, en cuanto no se tornen imposibles y el momento de su nacimiento, han sido expresa y textualmente asumidos por la Corte IDH, cuando se repitió razonamientos, señalando, que “las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se impongan a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”<sup>1625</sup>.

Respecto al alcance de lo que son las medidas positivas, en el contexto regional americano, la Corte IDH, como organismo jurisdiccional en 1988 dejó sentado el deber que tienen los Estados partes, no solo es respetar los derechos y libertades consagrados en dicha Convención, sino también que su obligación se traduce en garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos: “obligación implica 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”<sup>1626</sup>; es decir que se reconoció la: “obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los

---

<sup>1624</sup> Cit. supra.

<sup>1625</sup> Casos: Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006 párrf. 124; Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155.

<sup>1626</sup> Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

derechos y disfruten las libertades que se les reconoce<sup>1627</sup>, debiendo el Estado desplegar todo su aparato gubernamental y de poder para garantizar y hacer efectivo el goce de los derechos y libertades de las personas en general, así como de los grupos humanos o categorías sociales en particular.

Ese deber de dar las condiciones necesarias, para que en igualdad se gocen todos los derechos, es la base para hablar de las medidas positivas que deben asumir todos los Estados, cuyo alcance ha sido interpretado por organismos cuasi jurisdiccionales como la CIDH, que en 1996 manifestó: “En los lugares donde un grupo ha estado históricamente sometido a forma de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no ser un mecanismo suficiente para garantizar el derecho de todos los habitantes a la igualdad dentro de la sociedad<sup>1628</sup>, es decir qué acciones afirmativas como resultan ser normas antidiscriminatorias, no son acciones suficientes para asegurar la igualdad de trato, también será necesario: “la adopción de medidas positivas, como la garantía de un tratamiento no discriminatorio en la educación y el empleo, a fin de remediar y proteger contra la discriminación pública y privada<sup>1629</sup>”.

En este ámbito internacional americano, la indicada Corte IDH, en 2003, al referirse a las obligaciones afirmativas, manifestó que: “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.<sup>1630</sup> A su vez, en aquella misma oportunidad, hizo mención a la obligación negativa o de abstención de los Estados, que implica que los mismos: “deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas ... a crear situaciones de discriminación .... Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color,

---

<sup>1627</sup> Claudio Nash: *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Ed. Porrúa, 2009, Cap. II.

<sup>1628</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador de 1996.

<sup>1629</sup> Cit. supra.

<sup>1630</sup> OC-18/03, párr. 104.

u otras causales”<sup>1631</sup>; es decir que el Estado está obligado de abstenerse de realizar cualquier conducta (emisión de leyes, actos administrativos, jurisdiccionales, etc. etc.) que desconozca la prohibición de no discriminación.

Siguiendo ese su razonamiento, la misma Corte IDH el 2005, señaló que: “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias”<sup>1632</sup>, lo que implica de manera implícita la existencia de una obligación negativa o de abstención; frente a obligaciones positivas, que se reiteran en sus razonamientos, cuando se reconoce que es obligación de los Estados: “eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.”<sup>1633</sup>.

Con relación a los Tribunales de la región andina, como la Corte Constitucional de Colombia, sin asumir de manera expresa la jurisprudencia internacional, reconoce la existencia de acciones afirmativas destinadas a sectores vulnerables como mujeres y otros, cuando se: “autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida ya a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales”<sup>1634</sup>.

Las medidas positivas, que en doctrina constitucional son también conocidas como acciones afirmativas, han sido profundizadas en su estudio por la Corte Constitucional de Colombia, cuando se refiere a la actividad del legislador, que debe emitir normas que jamás estén destinadas a profundizar desigualdades, al contrario, deben estar dadas para reducir las discriminaciones, de ahí que se haya manifestado que las: “acciones afirmativas están sometidas a una prueba intermedia del respeto a la igualdad, en virtud de la cual es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”<sup>1635</sup>, que no es otra que igualar las relaciones sociales y reducir (si no se logra como prioridad eliminar) las desigualdades sociales.

---

<sup>1631</sup> OC-18/03, párr. 103.

<sup>1632</sup> Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005, párr. 185.

<sup>1633</sup> Cit. supra.

<sup>1634</sup> Sentencias C-410/94, C-082/99 M.P., C-371/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz y otras.

<sup>1635</sup> Sent. C-112/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero y otras.

El Tribunal Constitucional del Perú, sin asumir de manera expresa otros precedentes jurisprudenciales internacionales, también se ha referido al deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o medidas afirmativas<sup>1636</sup>; con relación a la situación en la que se encuentran las mujeres, señala el alcance de esas obligaciones, cuando establece que: “las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva”<sup>1637</sup>.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, señaló que con la finalidad de proteger a los ostensiblemente más débiles, conforme a la doctrina conocida como la de los grupos vulnerables, el Estado, debe asumir:

“acciones afirmativas en busca de la materialización de la igualdad ... y la equidad, por lo que se establecen políticas que dan a determinados grupos sociales (minorías étnicas o raciales, personas discapacitadas, mujeres, menores de edad, adultos mayores) un trato preferencial en el acceso a determinados derechos -generalmente de naturaleza laboral- o distribución de ciertos recursos o servicios, así como acceso a determinados bienes, con el fin de mejorarles su calidad de vida y compensarles, en algunos casos, por los perjuicios o la discriminación y exclusión de las que fueron víctimas en el pasado”<sup>1638</sup>.

Por todo lo expresado, las acciones afirmativas, en sus más variadas denominaciones, han partido su desarrollo de regulaciones normativas universales y regionales, que han dado lugar a interpretaciones que de las mismas han realizado tanto en organismos cuasi jurisdiccionales (como el Comité de Derechos Humanos de la ONU), como en organismos jurisdiccionales de Europa (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Corte Europea de Derechos Humanos), como de América (CIDH y Corte IDH).

Resulta relevante dejar constancia que las acciones afirmativas u obligación positiva de los Estados, debe ser interpretada de una forma que no haga imposible su cumplimiento o que no se establezca imposiciones imposibles o desproporcionadas, como entendió el TEDH, entendimiento que en forma expresa y exacta ha sido recogido y reconocido por la Corte IDH. Además desarrollos sobre el sentido de las obligaciones afirmativas o medidas positivas,

---

<sup>1636</sup> STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC.

<sup>1637</sup> EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, punto 3.27.

<sup>1638</sup> SC 1187/2013, de 31 de julio, párr. III.4; 1631/2012, de 1 de octubre, punto III.2; al igual que en SC 0989/2011-R, de 22 de junio. También en SC Nos. 1788/2011-R, 0846/2012, 1782/2012, entre muchas otras.

también han sido reconocidos por tribunales de la región andina, como la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Perú, sin embargo, no se asumió de manera expresa sino implícitamente, el sentido de la jurisprudencia de la Corte IDH, como de los demás tribunales internacionales regionales.

#### IV.4.5.4.1 *Acciones afirmativas o acciones de discriminación inversa*

Cuando se habla de las obligaciones positivas, o medidas afirmativas, se puede también concentrar el estudio con las denominadas acciones afirmativas o de discriminación inversa desarrolladas por la doctrina, que son: “todos aquellos planes o programas que, usando el rasgo diferenciador de los grupos que sufren exclusión o discriminación, buscan beneficiar a los miembros de dichos grupos otorgando algún tipo de ventaja en el otorgamiento de bienes escasos y, al hacerlo, perjudican a ciertas personas que hubieran gozado del bien escaso de seguir las cosas su curso normal.”<sup>1639</sup>; dichos programas si bien implican una: “diferencia en determinados tratos que revierten los efectos de discriminaciones pasadas”<sup>1640</sup> o benefician a grupos sociales históricamente marginados, de manera paralela, también afectan a las personas que no forman parte del grupo al que las medidas están destinadas a beneficiarlos.

Se sabe que en ciertas circunstancias se trata favorablemente a los miembros de un grupo determinado, como minorías étnicas, mujeres, etc., frente al resto de la población o de grupos mayoritarios; por ejemplo, si por actos discriminatorios de tipo racista se coloca a los negros en desventaja simplemente por ser negros, la discriminación inversa permitirá colocar en desventaja a los blancos, pero no por ser blancos o por motivos racistas, sino porque es necesario equilibrar las relaciones que se dan entre todos los miembros y grupos de la sociedad; otro ejemplo muy común en este tipo de medidas, son las denominadas “cuotas” de acceso a la educación, a un cargo público, etc., es que a través de ese tipo de medidas: “se trata favorablemente a los integrantes de un grupo frente

---

<sup>1639</sup> Mario Santiago Juárez: “Igualdad y acciones afirmativas ...”, op. cit. p. 198.

<sup>1640</sup> Como señala Greenwalt, citado por *Michel Rosenfeld*: “Conceptos clave y delimitación del ámbito de Análisis de las acciones afirmativas” en *Acciones afirmativas ...*, op. cit., p. 54.



a otros o se reserva a los miembros de un determinado grupo una cuota determinada, con preferencia a quienes no pertenezcan a él”<sup>1641</sup>.

De los ejemplos detallados se puede afirmar que las acciones afirmativas o de discriminación inversa: “representan medidas que afecten a personas que no pertenezcan al grupo que se pretenda beneficiar. ... sí provocan un perjuicio a miembros de la sociedad que no pertenecen al universo de personas que se quiere beneficiar.”<sup>1642</sup>. Así también al referirse a este tipo acción afirmativa, la doctrina señaló que: “Su carácter diferenciador estriba en que provocan un daño mayor en los miembros de grupos no beneficiados por la diferencia de trato que el resto de acciones positivas.”<sup>1643</sup>, de lo que se trata es que los colectivos favorecidos no pierdan más derechos y bienes sociales que les habría tocado, si es que no existieran criterios diferenciadores en su contra (raza, sexo, etc.), no se trata de que los grupos no beneficiados sean castigados por lo ya recibido, pues la aplicación de una medida de discriminación inversa, jamás implica una revancha social.

Cuando se habla de los elementos que caracterizan la acción afirmativa o de discriminación inversa, hay que tener en cuenta no solo la existencia de un perjuicio en contra de los integrantes de los colectivos no favorecidos con el trato distinto, sino también el hecho de que esas medidas o acciones afirmativas son temporales, puesto que no se aplican de manera indefinida, sino solo hasta conseguir el equilibrio en las relaciones de igualdad de un grupo respecto de otro.

La temporalidad de este tipo de medidas y el sentido de lo que es la acción afirmativa y de discriminación inversa, ha sido analizada en el contexto regional europeo, el Tribunal Constitucional español desde el año de 1987, llegándose a manifestar que no puede considerarse: “discriminatoria y constitucionalmente prohibida, la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente marginados y

---

<sup>1641</sup> Joaquín García Morillo: “La cláusula ..., op. cit. p. 164.

<sup>1642</sup> Mario Santiago Juárez: “Igualdad y acciones afirmativas ..., op. cit. p. 197. Esta definición de lo que se entiende por acciones afirmativas o de discriminación inversa, permite establecer con claridad la diferencia que se establece con las obligaciones positivas, así en estas últimas las medidas que se asumen a favor de un determinado grupo no afectan ni perjudican a nadie, pero en el caso de las primeras o de las que ahora se desarrolla, las medidas que se asumen por discriminación inversa, si perjudican al otro grupo que no se beneficia con las mismas.

<sup>1643</sup> David Giménez Glück: “Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualdad positiva?” en *Acciones Afirmativas ...*, op. cit., p. 156.

preteridos, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada y corregida su situación de desigualdad sustancial”<sup>1644</sup>.

En el contexto universal, a partir de una Resolución de 1998, se convirtió en una preocupación especial el sentido de lo que se entiende por acciones afirmativas y su temporalidad, hasta que el 2002 fue precisada adecuadamente, habiéndose manifestado que: "La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva." <sup>1645</sup>.

Estudios doctrinales también se han referido a la medida y su temporalidad, cuando se manifestó que las acciones afirmativas, son aquellas: “impulsadas por el Estado o la sociedad de modo que personas y grupos que sufren desventajas sociales accedan a bienes escasos. De esta forma, el trato preferencial a través de acciones afirmativas cobra sentido, pero con la salvedad de que se les considere como la vía posible y temporal para lograr la igualdad efectiva”<sup>1646</sup>; refiriéndose al tiempo de vigencia de una determinada medida, se indicó que: “Estas medidas tienen un límite cual es su temporalidad, esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido”<sup>1647</sup>, vale decir que frente a acciones afirmativas del Estado dirigidas a grupos vulnerables, una vez que se aplica la medida y cumple su finalidad -que es lograr el equilibrio de las relaciones sociales-, la misma pierde su legitimidad, por su carácter y naturaleza temporal.

De todo anteriormente manifestado se puede afirmar que en principio, resulta válido aplicar acciones afirmativas o discriminación inversa, cuando de manera temporal, están destinadas para subsanar situaciones de desigualdad e discriminación social.

---

<sup>1644</sup> Caso mujeres aviadoras, STC 216/1991, fundamento jurídico 5; en similar sentido lo manifestado en: SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, entre otras.

<sup>1645</sup> ECOSOC Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos E/CN.4/Sub.2/2002/21 de 17 de junio de 2002 (párr. 6), correspondiente al Informe Final presentado por Marc Bossuyt, Relator Especial, en cumplimiento de la Resolución 1998/5.

<sup>1646</sup> Ricardo Bucio Mújica: Introducción, en *Acciones Afirmativas ...* op. cit., p. 9.

<sup>1647</sup> Claudio Nash R. y Valeska David C.: “Igualdad y no ...”, op. cit. p. 181.

#### IV.4.5.4.2 *Diversos tipos de medidas*

Dentro de un contexto general (universal y regional), se ha hecho mención al alcance (normativo, jurisprudencial y doctrinal) de las medidas positivas o acciones afirmativas, corresponde ahora hacer una breve alusión a la variedad de medidas que se aplican, con relación a situaciones y casos concretos a las que han estado destinadas.

Las medidas positivas, han sido clasificadas de diversa manera<sup>1648</sup>, al existir una gran diversidad de ellas, que están vinculadas a la emisión de normas, a la realización de políticas de gobierno, además de existir otras medidas como las de prevención frente a las amenazas y violaciones de los derechos, no están ajenas a esta variedad aquellas medidas destinadas a reparar los daños que se han ocasionado a las víctimas, asimismo las medidas relacionadas al cumplimiento de las obligaciones que se asume a nivel internacional, etc. etc., realizar un listado completo de las medidas y clasificarlas con exactitud sería una tarea de nunca acabar.

Un tipo de medidas importantes son las de carácter integral, que deben ser realizadas con la debida diligencia; para comprender el contenido de esa medida integral, es necesario hacer referencia a grupo que sufrió y está en amenaza permanente de ser víctima de actos discriminatorios que es el de las mujeres, en forma particular se ha violado derechos humanos por brutal violencia que se ejerció contra un grupo de mujeres en la ciudad de Juárez en México (fracción de un grupo vulnerable), en el conocido caso denominado “Campo Algodonero”<sup>1649</sup>.

---

<sup>1648</sup> Entre esas clasificaciones de las medidas afirmativas, esta la efectuada por Joey Núñez Aybar: “Las Acciones Positivas ante el Principio de la Igualdad: Herramientas contra la Discriminación o Creadoras de Desigualdad”, trabajo que se encuentra disponible en <http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2009/01/las-acciones-positivasdoc.pdf>, p. 5; dicho autor hace referencia a tres grupos, a saber: (i) las medidas de concientización, consisten en políticas educativas, que buscan crear una opinión social sobre la situación de discriminación y sensibilizar a la población; (ii) las medidas de facilitación; tienen como finalidad eliminar las situaciones de hecho que crean la desigualdad, dentro de éstas hay medidas de incentivación (becas o subsidios a los grupos discriminados), medidas de trato preferencial (se le da prioridad a miembros de los grupos discriminados y; (iii) las medidas de retribución, consisten en el otorgamiento de premios e incentivos a aquellas personas o instituciones que apliquen correctamente medidas de acción positiva a favor de personas discriminadas o desfavorecidas.

<sup>1649</sup> Caso Gonzales y otras Vs. México, se demandó al Estado por muerte y desaparición de Claudia Ivette Gonzáles y otras, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de la ciudad de Juárez en 2001, responsabilizándose al Estado por falta de medidas de protección a las víctimas, pese al conocimiento de un padrón de violencia de género en esa ciudad.

La Corte IDH, en dicho caso (“Campo Algodonero”) estableció de manera expresa, que en materia de prevención contra la violencia de mujeres, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de carácter integral y con la debida diligencia, así se manifestó que: “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.”<sup>1650</sup>. En el análisis del caso concreto, se llegó a la conclusión de que el Estado de México era responsable de la vulneración de derechos, pues pese a tener conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia: “no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención”<sup>1651</sup> para evitar o por lo menos reducir esos factores de riesgo.

Además de las medidas de prevención integrales con debida diligencia, la Corte IDH hizo mención más específica al: “deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”<sup>1652</sup>, lo que implica la obligación del Estado de asumir una diligencia estricta, realizando al efecto medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad; finalmente se llegó a la conclusión que en el caso concreto el Estado: “no demostró haber adoptado las medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida”<sup>1653</sup>, por no haber actuado con prontitud conocida la denuncia de desaparición.

Con relación a otro grupo vulnerable como son los indígenas, la Corte IDH también se pronunció sobre el alcance de lo que son las medidas necesarias y también hizo mención a las de prevención, cuando señaló que: “los Estados

---

<sup>1650</sup> Caso Gonzales y otras vs. México (campo algodón), Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 258.

<sup>1651</sup> Ibid. supra, párr. 279.

<sup>1652</sup> Ibid, párr. 283

<sup>1653</sup> Ibid, párr.284.

deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”<sup>1654</sup>.

A partir de la obligación general de los Estados, de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y con relación a toda persona, la Corte IDH desarrolló los denominados: “deberes especiales, (que son) determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”<sup>1655</sup>; en dicho caso la Corte IDH, analizó las obligaciones del Estado a la luz de la situación particular, que se originó en la ejecución extrajudicial de seis campesinos de la población de Pueblo Bello de Colombia en enero de 1990 (miembros de grupos que han sido sometidos a una discriminación estructural), junto con otros pobladores. El análisis de los deberes y medidas especiales que debe asumir el Estado, no solo están en función de la situación particular de la víctima, sino también van en relación a la situación particular del obligado a asumir medidas de prevención y protección, de tal manera que la responsabilidad estatal: “deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso, así como a los correlativos deberes especiales de prevención y protección aplicables al mismo”<sup>1656</sup>.

Finalmente vale la pena mencionar la existencia de medidas de respeto al cumplimiento de derechos en general, a partir del referido art. 1.1. de la CADH, que consagra la obligación básica de los Estados de respetar todos los derechos establecidas en ella, sin discriminación alguna; de tal manera que si un Estado no cumple con las medidas de respeto a los derechos, viola cualquiera de ellos

---

<sup>1654</sup> Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas), párr. 153. En la demanda, se denunció que la comunidad indígena y sus miembros por acciones de los Estados, no pudieron acceder a la propiedad y posesión de sus tierras, lo que ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad.

<sup>1655</sup> Caso de la Masacre de pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 111.

<sup>1656</sup> Cit. supra, párr. 116.

(derechos y/o garantías a la: propiedad, debido proceso, vida, etc. etc.), también lesiona el derecho a la igualdad, por tratos discriminatorios, más aún cuando se refiere a personas o grupos humanos que se encuentran en un contexto de riesgo por mayor vulnerabilidad.

Resulta un caso digno analizar, el de un campesino (como parte de grupos sistemáticamente marginados), que falleció siendo víctima de efectivos militares del Estado peruano, lo que dio lugar a que se sometiera a proceso a los detractores, dando lugar a una Sentencia en la que se manifestó: “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”<sup>1657</sup>; cuando en la tramitación de un juicio no se asumen medidas para garantizar un debido proceso: “difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”<sup>1658</sup>, finalmente se reconoció que el Estado demandado violó la obligación de respetar los derechos a la vida, integridad personal, garantía judicial, protección judicial, investigación y sanción.

Otro caso referido a los derechos de reconocimiento de personalidad jurídica, respeto de costumbres y tradiciones para asegurar el goce del territorio de la propiedad comunal y otros derechos más del: “pueblo Saramaka (que) es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas”<sup>1659</sup>, la Corte IDH reconoció que el Estado demandado violó esos derechos, como el de protección judicial: “respecto de la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación, de conformidad con los arts. 2 y 1.1. de la Convención”<sup>1660</sup>; otra vez se reconoce la obligación convencional que tiene el Estado de asumir medidas para el respeto de

---

<sup>1657</sup> Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 202.

<sup>1658</sup> Cit. supra.

<sup>1659</sup> Caso Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 176.

<sup>1660</sup> Cit. supra, párr. 177.

los derechos en general, más aún cuando se trata de grupos vulnerables, que deben gozar sus derechos sin discriminación de ninguna naturaleza.

De ahí que el derecho (principio) a la igualdad, está implícito en el contenido de otros derechos y libertades consagradas en los instrumentos internacionales, debiendo el Estado asumir las medidas (acciones afirmativas, obligaciones positivas, etc.) necesarias para garantizar el ejercicio de todos los derechos a los seres humanos; de manera tal que, el derecho de no padecer discriminación (prohibición de discriminación) y gozar igualdad en el ejercicio de todos los derechos, ha dado lugar afirmarse que el derecho a la igualdad es: “el derecho humano más fundamental ... punto de partida de las demás libertades”<sup>1661</sup>.

#### **IV.4.5.5 Derechos colectivos como protección a grupos vulnerables**

Las personas que como parte de un grupo, se encuentran en una determinada situación de vulnerabilidad (en razón de origen étnico, sexo, nacionalidad, etc.), tienen que ser especialmente protegidas por el Estado, a través del reconocimiento y ejercicio de sus derechos no solo individuales sino también colectivos, los últimos que gozan por ser parte precisamente de esos colectivos marginados, que deben ser necesariamente integrados a todos los miembros de la sociedad, en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Una de las transformaciones más trascendentales que se produjo en los últimos tiempos, es el tránsito que se ha dado de los “derechos individuales” hacia los “derechos colectivos”<sup>1662</sup>, que se da cuando los derechos de los individuos trascienden a la persona y a la sociedad, otorgándose titularidad a un grupo humano, derechos colectivos que cuyos titulares son minorías culturales, que vienen a ser como una especie de subgrupos dentro de una sociedad mayor; si

---

<sup>1661</sup> Según manifiesta Lauterpacht, citado por Dinah Shelton: “Prohibición...”, op. cit., p. 15.

<sup>1662</sup> De acuerdo a las raíces históricas de los derechos, los primeros empezaron a consagrarse como reconocimiento al *status* personal de cada individuo, los derechos civiles y políticos (constitucionalismo clásico); con el paso del tiempo, las nuevas exigencias y el desarrollo de las sociedades, entre los derechos se han ido consolidando los de naturaleza social, económica y cultural (constitucionalismo social); para que en los tiempos más cercanos al presente se vaya consagrando los derechos colectivos, cuya titularidad la tiene una determinada comunidad o grupo de personas, como son las naciones o pueblos indígena originario campesinos, inmigrantes, (estando en desarrollo el neoconstitucionalismo, dentro del que se ha empezado a considerar la idea del constitucionalismo pluralista o plural).

bien los derechos colectivos son propios de grupos minoritarios, en algunos casos pueden reflejar derechos de mayorías culturales, por ejemplo en aquellos países cuya población en su generalidad es indígena, que para no sufrir las consecuencias de una discriminación o marginación, gozan de especial protección en sus derechos referidos a su identidad cultural, sistemas de administración de justicia, saberes y conocimientos tradicionales, consulta previa, aprovechamiento exclusivo de recursos naturales, etc. etc.

El reconocimiento y protección de derechos colectivos, que corresponden a grupos humanos que por alguna razón están en situación de marginación y vulnerabilidad (indígenas, mujeres, etc.), ha dado lugar a una serie de posiciones críticas, porque con esas regulaciones normativas se: “incurre en reduccionismos; toda vez que reduce los derechos colectivos o de los pueblos a un solo colectivo social del Estado”<sup>1663</sup>, o se produjo: “... una discriminación positiva a favor de indígenas originarios y campesinos (u otros grupos humanos como mujeres, migrantes, etc.), que resulta a momentos ... excluyente y sesgada.”<sup>1664</sup>; es decir que con ese reduccionismo o desde esa perspectiva, con normas que protejan derechos de colectivos vulnerables, lo que se haría sería profundizar las desigualdades sociales a favor de unos (marginados) y en contra del resto de los miembros de una sociedad determinada, convirtiéndose las normas en: “disposiciones claramente racistas al otorgar privilegios constitucionales en atención a consideraciones de orden étnico (u otro) que, en contraposición al concepto de igualdad, destaca, más bien, la diferencia racial /u otra)”<sup>1665</sup>.

La justificación de un trato diferenciado, la inexistencia de violación del principio de igualdad y la no discriminación, se comprende a partir del reconocimiento de la diversidad cultural, que se expresa en la manera distinta de ver y sentir el mundo, la realización de fines y valores diferentes, etc., en ese sentido, cuando se produce la hegemonía de una cultura sobre otras a las que infravalora, las invisibiliza, las somete o las reduce, se produce una violación al principio de igualdad.

---

<sup>1663</sup> José Antonio Rivera Santivañez: “El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano”. *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009, p. 21.

<sup>1664</sup> Mario Galindo Soza: “Comparación de la Constitución de 1967 y del Proyecto de Constitución de 2007. *Análisis del Proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente*, T.I, FUNDEMOS, Ed. Garza Azul, La Paz, Bolivia, 2008, p 91.

<sup>1665</sup> Urenda Díaz, Juan Carlos: “El Estado catoblepas. Las contradicciones destructivas del Estado boliviano” en *Estudios sobre ...*, op. cit., p. 178.



En tiempos actuales: “las crecientes disparidades en escala mundial muestran un mundo en el que un número cada vez más reducido de “globalizadores” toman las decisiones que condicionan las políticas públicas de los Estado, siempre en beneficio de los intereses privados con las consecuencias desastrosas para la inmensa mayoría de los “globalizados””<sup>1666</sup>; en ese lamentable escenario cuando algún grupo se encuentra en situación de privilegio: “la adhesión estricta al principio de igualdad de trato tiende a perpetuar situaciones de desventaja y opresión”<sup>1667</sup>.

La desigualdad o falta de oportunidades para el reconocimiento y ejercicio de los derechos, de las culturas que en algún momento de su historia han sido sometidas, ha dado lugar al reconocimiento de derechos colectivos a favor de esos grupos marginados, que resulta ser: “imprescindible para asegurar que todos los ciudadanos sean tratados con auténtica igualdad ... lo que garantizaría que los miembros ... (de la cultura oprimida)... se encuentren con las mismas oportunidades de vivir y trabajar en su propia cultura”<sup>1668</sup>, con relación a los miembros de la cultura totalizadora o hegemónica; esa es la razón por la que los derechos colectivos o las normas de especial protección a grupos vulnerables, resultan ser consistentes con el principio de igualdad, puesto que de no existir las mismas: “los grupos no tendrían la posibilidad de vivir y trabajar en su propia lengua y cultura, por tanto, en las mismas condiciones y con las mismas oportunidades que los miembros de la cultura mayoritaria”<sup>1669</sup>.

En ese sentido, “la igualdad exige no solo un tratamiento idéntico ... sino un tratamiento diferencial, y los argumentos ... pueden articular y defender acciones positivas y derechos a favor de las mujeres o los discapacitados o (agrupaciones) ... étnicas o culturales, en la medida en que sin estas medidas de acción positiva, la aplicación del principio de igualdad, sin más, perjudica a los miembros de los grupos sociales”<sup>1670</sup>; es decir que el reconocimiento de derechos diferenciados, como son los de tipo colectivo, encuentran su razón de ser y desarrollo en el principio de igualdad.

---

<sup>1666</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de ...*, op. cit., p. 331.

<sup>1667</sup> Añón Roig, María José: “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos” en *La Multiculturalidad*. ... op, cit., p.. 236.

<sup>1668</sup> Op. cit. supra, p. 248.

<sup>1669</sup> Op. cit. supra, p. 249.

<sup>1670</sup> Op. cit. supra, p. 253.

Llegar a establecer en las normas un equilibrio absoluto y conformidad de todos, respecto al contenido de los derechos individuales que han transitado hasta el establecimiento de los derechos colectivos, es una tarea difícil o prácticamente imposible realización; no se puede desconocer que la: “marcada tendencia hacia lo colectivo y grupal ... puede derivar en el debilitamiento del individuo concreto”<sup>1671</sup>, sin embargo esto no impide resaltar los aspectos positivos y de gran avance como es la ampulosa consagración de derechos, para mejorar la calidad de vida de todos los habitantes de un Estado, sea en forma individual, social o grupal cuando corresponda.

#### **IV.4.5.6 Algunos casos de discriminación y protección**

La situación de vulnerabilidad y discriminación en la que se han encontrado personas que forman parte de colectivos vulnerables o grupos marginados, no ha sido desconocida por tribunales internacionales, como la Corte IDH y tribunales regionales, que reconociendo los derechos colectivos que estos gozan y la necesaria protección que merecen por la permanente discriminación, ha dado lugar a una serie de pronunciamientos, en los que se reconoció la vulneración de derechos que el Estado ha causado a estos grupos, aunque no siempre se ha declarado la violación del derecho de igualdad, como se pasa a expresar en algunos casos que se pasan analizar de indígenas, mujeres y migrantes (entre muchos otros grupos vulnerables más).

##### **IV.4.5.6.1 Indígenas**

Uno de los primeros casos en los que la Corte IDH se refiere de manera directa a la discriminación de los indígenas, es en el conocido caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam<sup>1672</sup>, en el que al referirse a la obstaculización que sufrieron los miembros de la comunidad para obtener justicia, constataron que : “en el presente caso, ha creado en los miembros de la comunidad la

---

<sup>1671</sup> H.C.F. Mansilla: “Una comparación entre dos textos constitucionales” en *Miradas. Nuevo texto constitucional*, Ed. IDEA Internacional, La Paz, 2010, p. 138.

<sup>1672</sup> En el que se emitió la Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), que tiene como antecedentes la masacre que sufrieron más de 40 miembros de esa comunidad por actos violentos que realizaron en su contra soldados, quienes además obligaron a otros miembros a desplazarse.

convicción de que el Estado los discrimina activamente”<sup>1673</sup>, por esa y otras razones se llegó al convencimiento que el Estado demandado violó los derechos a la integridad personal, circulación y residencia, propiedad, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana; como se puede constatar la Corte declaró como violado una serie de derechos y no precisamente el de igualdad, pese haberse referido a la discriminación que sufrió ese grupo humano. Esta jurisprudencia sin mayores interpretaciones, ha sido directamente asimilada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en abundantes SS.CC., tal las Nos. 0925/2013 de 20 de junio, 0009/2013 de 03 de enero, entre otras.

Otro caso en el que se reconoció el derecho a la igualdad de grupos indígenas y la obligación de no discriminación, aunque no se declaró como violado dicho, es el referido al caso de la Comunidad Indígena Yakye Vs. Paraguay<sup>1674</sup>, en el que la Corte realiza un análisis partiendo expresamente del contenido de los: “ artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la CADH, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción” y señala que: “para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural ... la Corte (debe) ... valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.”<sup>1675</sup>, finalmente se llega a la convicción que en el caso se ha vulnerado las garantías judiciales y a la protección Judicial, como los derechos a la propiedad y la vida. Sin mayores interpretaciones, el razonamiento ha sido directamente y expresamente asumido

---

<sup>1673</sup> Sentencia cit. supra, párr. 94.

<sup>1674</sup> Se dictó la Sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), que tiene como origen la demanda en la que se denunció que se no garantizó el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, pues no se resolvió satisfactoriamente la solicitud de reivindicación territorial que presentó la indicada Comunidad, impidiéndoseles de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, manteniéndola en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, lo que amenazaría la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

<sup>1675</sup> Sentencia, cit. supra, párr. 51.

por el Tribunal Constitucional de Bolivia, tal en SS.CC. Nos. 0026/2013 de 15 de enero, 0645/2012 de 27 de julio, entre otras.

De la lectura de la transcripción precedente, se evidencia que la Corte IDH considera que el derecho a la igualdad de los pueblos indígenas y la obligación de no discriminación por parte del Estado, debe analizarse en función a la situación particular de una determinada comunidad, a quién conforme a su condición y a sus circunstancias, debe otorgarse un trato diferenciado, tanto por los Estados en su normativa interna, como por la Corte IDH en la interpretación de las normas convencionales que realiza; pese a esta interesante interpretación, nuevamente se cae en la contradicción, por un lado de reconocer el principio de igualdad de acuerdo al grupo social desaventajado (positivo), por otro lado no se protege de manera expresa ese derecho o no se declara violada la igualdad (negativo), sino otros derechos como el recurso judicial y la propiedad comunal<sup>1676</sup>, que no fueron derechos violados individualmente o con relación a tal o cual persona de la comunidad, sino que fueron derechos violados por el Estado que omitió tener en cuenta la diferencia que se da entre los que son indígenas y los que no los son, al momento de garantizar el derecho de propiedad (comunal)<sup>1677</sup>. El reconocimiento de la violación de otros derechos y no precisamente el de igualdad, también se ha dado en el caso boliviano, cuyo Tribunal Constitucional Plurinacional, ha asumido expresamente la jurisprudencia de la Corte sin realizar otras interpretaciones, como ha sucedido en SS.CC. Nos. 1234/2013-L de 10 de octubre, 1127/2013-L de 30 de agosto, entre otras.

Un caso emblemático en el que se analiza el principio de igualdad, en relación a pueblos indígenas, es el conocido caso como Comunidad Yatama Vs. Nicaragua<sup>1678</sup>, en el que en forma general no solo se hace mención al principio de igualdad, sino que de manera particular, es la primera vez que de manera expresa

---

<sup>1676</sup> Sentencia citada, párr. 98, 155 y 156.

<sup>1677</sup> Este razonamiento lo vuelve asumir en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, a la que ya se hizo referencia, en el que se manifestó: “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”; sin embargo de ello se declaró violado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

<sup>1678</sup> En dicho caso se emitió la Sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), que tiene como base fáctica, el hecho de que comunidades indígenas son obligadas a constituirse en partidos políticos para participar en elecciones municipales, lo que a entender de la Comisión Interamericana y de la Comunidad, viola el derecho que estos tienen a ser elegidos, al verse obligados a organizarse en forma contraria a sus costumbres y cultura.

en un caso contencioso, se declara la violación de la obligación de no discriminación. En dicha Sentencia, se relaciona las normas convencionales vinculadas a la igualdad (arts. 1.1 y 24 de la CADH), cuando se señala que: “El artículo 24 de la CADH prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma ... sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”<sup>1679</sup>. Tribunales estatales como el de Bolivia, han asumido de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH, tal la relativa al indicado caso Yatama, sin embargo solo con relación a derechos políticos, derechos de propiedad y otros, no así con referencia a la obligación de no discriminación -como lo hizo la Corte IDH-, así en SS.CC. 135/2013 de 01 de febrero, 2055/2012 de 16 de octubre, 2056/2012 de 16 de octubre, entre otras.

A partir del contenido de esos artículos (1.1. y 24 de la Convención), se establece que: “el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”<sup>1680</sup>; es decir la obligación de no discriminación del Estado no se limita a la emisión de normas jurídicas que reconozcan derechos (políticos), sino que es necesario que el Estado asuma las medidas que sean necesarias para asegurar su pleno ejercicio: “considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”<sup>1681</sup>, finalmente llega a la conclusión de que el Estado demandado violó los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley consagrados en los artículos 23 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

---

<sup>1679</sup> Sentencia cit supra, párr. 186.

<sup>1680</sup> Cit. supra, párr. 201.

<sup>1681</sup> Cit. supra.

#### IV.4.5.6.2 Mujeres

Otro tipo de discriminación socialmente muy frecuente, es la discriminación por sexo, las mujeres han sido histórica y sistemáticamente discriminadas, simplemente por el hecho de ser mujeres, sean de cualquier clase social, raza, creencia religiosa etc.; aún en el ámbito del derecho constitucional históricamente se ha dado ese tipo de discriminación, por ejemplo cuando se habla de los derechos humanos se piensa que estos siempre han incluido al hombre como a la mujer, lo que no es así pues basta ver: “los orígenes del constitucionalismo (que) se trató, en su gran mayoría y en cierta forma, solo de los derechos del hombre”<sup>1682</sup>.

Esto causa profunda preocupación, más aún si se tiene en cuenta que: “Las mujeres son algo más de la mitad de la población mundial, lo que da idea del alcance y extensión de la discriminación, cuyos efectos en la sociedad dejan secuelas profundas y gravemente dañinas, alcanzando en los casos más extremos consecuencias graves para la propia vida de las mujeres”<sup>1683</sup>, por la violencia que se ejerce sobre ellas, como parte de grupos tradicionalmente discriminados.

En el ámbito universal, reconociéndose expresamente el vínculo que existe entre violencia y discriminación, en 1977 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que las mujeres: “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”<sup>1684</sup>; lo que sentó las bases para la elaboración de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres, adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su art. 1º señala que la: “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado

---

<sup>1682</sup> Susana Thalía Pedroza de la Llave: “El derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el constitucionalismo en América Latina y en Europa” en *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Ed. Unam, México, 2013, p. 878.

<sup>1683</sup> Gervasio Martín Martín: “La igualdad en las relaciones jurídicas” en *Estudios Interdisciplinarios* ..., op. cit., p. 86.

<sup>1684</sup> O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53.

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Interpretando el alcance de esa normativa, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en 1994 señaló que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide el goce de derechos y libertades o la violencia que anula el goce de sus derechos humanos, constituye discriminación<sup>1685</sup>, también expuso que la violencia basada en el sexo es aquella: “dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”<sup>1686</sup>.

Recordando esa su Recomendación General No. 19 sobre la violencia contra la mujer, fueron muchos los casos en los que el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, emitió comunicaciones o dictámenes, cuando conoció denuncia por discriminación en contra de mujeres, tal en el caso A.T vs Hungría, en el que el Comité CEDAW hizo recomendaciones generales severas a Hungría para que mejore su protección a las mujeres de la violencia doméstica, tal como establecer procesos legales, investigativos y judiciales efectivos, y que aumentara los recursos de tratamiento y de apoyo<sup>1687</sup>; otro es el caso de Fatma Yildirim vs. Austria, en el que el Comité CEDAW encontró que la Parte Estatal había incumplido su obligación de proteger a la denunciante<sup>1688</sup>.

Asimismo el 2006, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU, y el Relator Especial de violencia en contra de las mujeres, consideró que hay una regla del derecho internacional consuetudinario

---

<sup>1685</sup> CEDAW. Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), Párrs. 1 y 7.

<sup>1686</sup> Cit supra, párr. 6.

<sup>1687</sup> Corresponde a la decisión asumida el 26 de Enero del 2005, donde la demandante alegó que su esposo de hecho y padre de sus dos hijos había abusado físicamente de ella y la había amenazado desde 1998 adelante.

<sup>1688</sup> Decisión de 1ro. de octubre de 2007, que trata del asesinato de Sra. Yildirim en manos de su esposo (violencia doméstica).

que obliga a los Estados a prevenir y responder por los actos de violencia en contra de las mujeres con la debida diligencia<sup>1689</sup>.

El contexto de protección regional, tiene su cimiento en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en 1994, que en su preámbulo reconoció que: “la violencia contra la mujer es una ... manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, declarándose ese vínculo de violencia y discriminación, cuando se mencionó el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que alcanza al derecho a estar libre de toda forma de discriminación<sup>1690</sup>.

Considerando los instrumentos de regulación normativa (Convenciones) y las interpretaciones que de las mismas se realizaron, en América organismos cuasi jurisdiccionales como la CIDH, manifestó que la mujer no alcanza igualdad jurídica plena en países de la región andina, porque muchos todavía poseen normas discriminatorias<sup>1691</sup>, tal en Códigos Penales, en muchos de los cuales valores como la doncellez y la castidad, prevalecen sobre valores referidos a la integridad física y la libertad sexual, sometiéndolas a procesos interminables, lo que por falta de legislación se las lleva a situación de desprotección; de esta forma la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación.

En un caso de violencia doméstica en el Brasil, conocido como María da Penha Vs. Brasil, la CIDH el 2001 por primera vez aplicó de manera expresa la Convención de Belém do Pará, ante una denuncia de discriminación del género femenino realizada por la víctima, estableciendo la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que constituyó una práctica discriminatoria, finalmente se determinó la obligación de los Estados de actuar con diligencia, que incluye la obligación de prevenir esas prácticas degradantes, encontrándose como violados los derechos a garantías y protecciones judiciales efectivas<sup>1692</sup>; sin embargo extraña que la Comisión no se hubiera pronunciado sobre la prohibición de no discriminación y el

---

<sup>1689</sup> Relator Especial de violencia en contra de las mujeres, tercer reporte de 20 de Enero del 2006, E/CN.4/2006/61.

<sup>1690</sup> Art. 6.a de la Convención de Belém do Pará, de 9 de junio de 1994.

<sup>1691</sup> Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas. Oea/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 Octubre 1998

<sup>1692</sup> Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil, 16 de abril de 2001, párrs. 51, 60.



derecho de igualdad ante la ley o no hubiera llegado a la conclusión de que también se violó los arts. 1.1 y 24 de la CADH. En otro caso, la misma Comisión manifestó sobre las consecuencias graves que puede tener la discriminación contra las mujeres y nociones estereotipadas de su rol en la sociedad, incluyendo la violencia contra las mujeres<sup>1693</sup>, pero tampoco se considera como violado el derecho a la igualdad.

En el Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas de 2007, de la CIDH, asumiendo los razonamientos del CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas)<sup>1694</sup>, ha puesto en relevancia el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, constituyéndose un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional<sup>1695</sup>, además de reconocerse expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es un reflejo de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados<sup>1696</sup>. En resumen, la Comisión llega a la convicción de que en aquellos casos en los que existe violencia y discriminación, el Estado debe asumir una diligencia especial, debiendo analizar el hecho de violencia como factor discriminatorio que pudo provocarla o agravarla de manera particular.

Tribunales jurisdiccionales como la Corte IDH, también tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la situación de discriminación de la mujer, así en el caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, se declaró como probado el hecho de que varias mujeres (niñas y mujeres jóvenes) habían sido víctimas de violencia (fueron maltratadas, violadas y asesinadas)<sup>1697</sup>, sin embargo de ello no se analizó con claridad la correlación entre violencia y género con componentes

---

<sup>1693</sup> Informe N° 4/01, Caso María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 44

<sup>1694</sup> Párr. 15, 50, 151, del indicado informe del CEDAW.

<sup>1695</sup> Informe de Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007, punto 3 del resumen ejecutivo.

<sup>1696</sup> Cit. supra, punto I.A.11.

<sup>1697</sup> Párrafo 42.18 del citado caso Masacre Plan de Sánchez, de 29 de abril de 2004; es de recordar que el Ejército de Guatemala, bajo el fundamento de la "doctrina de la seguridad nacional", identificó a miembros del pueblo indígena maya como "enemigos internos" al estar supuestamente organizando una base para la guerrilla, procediendo a la destrucción de comunidades, vivienda, ganados, valores, etc. y la vida de los mismos.

discriminatorios, y sin dar mayores razones finalmente declara como violado el derecho a la igualdad consagrado en el art. 24 de la CADH, habiéndose sido más apropiado que con la argumentación correspondiente (extrañada), se declare como violado el art. 1.1. de la Convención, como expresión de la violación por parte del Estado de la obligación de no discriminación.

Un hito en la jurisprudencia de la Corte IDH, es el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú<sup>1698</sup>, por ser la primera Sentencia en la que se aplicó la Convención de Belém do Pará, señalándose que los Estados deben velar porque las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer<sup>1699</sup>, declarándose que el Estado tenía la obligación de no discriminar a las mujeres que se encuentran en situación de detención y que la violencia sexual es una forma de discriminación<sup>1700</sup>; violencia sexual que se dio cuando se forzó a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados o cuando se realizó “inspección” vaginal dactilar, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas<sup>1701</sup>, por lo que se declaró la violación de la Convención Belém do Pará y se estableció la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la CADH. Si bien resulta ser un gran avance la declaración de violación de la Convención especializada (para sancionar la violencia de la mujer), sin embargo además de reconocer la violación del derecho a la integridad personal, se extraña que no se haya declarado como violada la obligación de no discriminar en razón de sexo, consagrada en el art. 1.1. de la CADH, que era lo que también correspondía. No puede dejarse mencionar, el hecho de que en esta Sentencia, se asumió los criterios que el CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas), que se establecieron en la Recomendación General 19<sup>1702</sup>.

Otro caso importante en la jurisprudencia de la Corte IDH, es el ya referido caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, en el que se emitió la

---

<sup>1698</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006; la demanda se presentó por la Comisión Interamericana, porque en el Penal Miguel Castro Castro, al menos 175 reclusos resultaron heridos y de 322 reclusos que supuestamente quedaron ilesos, fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante”.

<sup>1699</sup> Cit. supra, párr. 292.

<sup>1700</sup> Cit. supra, párr. 303.

<sup>1701</sup> *Ibidem*, párr.. 308 y 312.

<sup>1702</sup> Párrs. 223, 303.

Sentencia de 16 de noviembre de 2009, la que partió su análisis de la obligación que tiene todo Estado de no discriminar, obligación contenida en el art. 1.1. de la CADH<sup>1703</sup>, además de asumir los criterios del CEDAW que definió lo que es la discriminación contra la mujer, que incluye la violencia en el sexo<sup>1704</sup>, al referirse a la responsabilidad del Estado, en sentido de que en la ciudad de Juárez existe una “cultura de discriminación” que influyó en los homicidios de las mujeres de esa ciudad.

Este caso además resulta importante, porque en el mismo de manera expresa se asumió la jurisprudencia que poco tiempo antes dio el TEDH, en el caso *Opuz Vs. Turquía*<sup>1705</sup>, oportunidad en la que se reconoció que: “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”<sup>1706</sup>; la recepción de la jurisprudencia del TEDH por la Corte IDH no es la única, porque también se produjo la acogida del razonamiento del TEDH por la CIDH, cuando de manera expresa se refirió al caso *Maria Da Penha Vs Brazil*, en el que la CIDH encontró que el fracaso del Estado en ejercer la debida diligencia para prevenir e investigar una queja de violencia doméstica, justificó que se encontrará al Estado responsable bajo la CADH y la Convención Belém do Pará<sup>1707</sup>.

En el ámbito de los Tribunales o Cortes Constitucionales de países de la región andina, corresponde hacerse mención a la Sentencia C-101/05, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, que haciendo referencia a la histórica discriminación que ha padecido la mujer en la mayoría de las sociedades anteriores y contemporáneas, donde el paradigma de lo humano, ha sido construido alrededor del varón, profundiza su análisis en el derecho a la igualdad de sexos, para llegar a la conclusión que una norma cuestionada de inconstitucional es inexecutable (inconstitucional)<sup>1708</sup>, en la medida que no es constitucionalmente válido admitir diferencias de trato con relación a los hombres,

---

<sup>1703</sup> Así se reconoció en el caso *Campo Algodonero Vs. México*, párr. 393.

<sup>1704</sup> Cit. supra, párr. 394 y 395.

<sup>1705</sup> *Ididem*, párr. 396.

<sup>1706</sup> La Corte Europea de Derecho Humanos, ha conocido el caso *Opuz Vs. Turquía*, Sentencia de 09 de junio de 2009, párrs. 180, 191 y 200.

<sup>1707</sup> Caso *Opuz Vs. turquía*, párr. 86

<sup>1708</sup> La norma cuestionada fue el art. artículo 1134 del Código Civil, que imponía la mujer la condición de permanecer en estado de soltería o de viudedad, so pena de perder la asignación testamentaria que proveía a su subsistencia, previsión que no tuvo en cuenta que es inadmisibles en un ordenamiento constitucional que reconoce la igualdad entre los sexos, que perpetúan estereotipos de la mujer, que ya están superados.

a los que no se les impone la misma condición, ya que ello: “no sólo constituye un acto discriminatorio que viola el derecho fundamental a la igualdad, sino que desconoce la especial protección que el Estado debe brindar a la mujer para garantizar la igualdad real y efectiva de derechos”<sup>1709</sup>; en este caso no se asume expresamente los razonamientos que sobre igualdad, se trabajaron por otros órganos cuasi y jurisdiccionales.

En el Perú, el Tribunal Constitucional, se refirió al caso de las mujeres y a la prohibición de discriminación por razón de sexo, la misma que tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica; y para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad en general y el lugar de trabajo en particular, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo<sup>1710</sup>. En ese caso, de manera implícita se asumió la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a la discriminación por sexo, cuando se señaló: “ La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca”<sup>1711</sup>; es decir que la discriminación de la mujer puede tener su causa en el sexo y comprende no sólo tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.

#### IV.4.5.6.3 *Migrantes*

La obligación de no discriminación de los Estados, o respecto a los mismos, la prohibición de discriminación, puede también tener como causa el origen nacional, al que se hace referencia en muchos instrumentos de derechos humanos, como la DUDH, que al proclamar que todos los seres humanos nacen libres e iguales, reconoce que toda persona goza de todos los derechos, sin distinción por el origen nacional -y otros-; asimismo la CADH señala que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos, sin discriminación por

---

<sup>1709</sup> Punto 3.4. de la referida Sentencia C-101/05.

<sup>1710</sup> Punto 4.48 de la Sentencia, emitida en el EXP. N.º 05652-2007-PA/TC.

<sup>1711</sup> Cit. supra, párr. 49.

origen nacional -u otros motivos-<sup>1712</sup>; vale decir que la nacionalidad, es uno de los casos prohibidos de discriminación, que se puede dar en diversos contextos, como es el laboral, el derecho a voto, la posición económica, la seguridad social, la tributación, la inmigración, etc. etc..

A continuación se analizará brevemente este motivo de no discriminación por origen nacional, haciéndose referencia a uno de: “éstos fenómenos que comporta un importante reto para nuestra sociedad es la inmigración”<sup>1713</sup>; nadie puede negar que en los tiempos actuales y en todos los Estados, se van produciendo migraciones<sup>1714</sup> como consecuencia de movimientos humanos por la llegada unos en los países de otros, o se va dando la migración, definida como la: “acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él. Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”, según se señala en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 15 de 1986, estableció que los extranjeros tienen el derecho inherente a la vida, a no ser sometidos a tortura, trato cruel, inhumano o degradante, a la esclavitud, a la libertad de pensamiento, religión y conciencia, no serán sujetos a legislación penal retrospectiva y serán reconocidos ante la ley<sup>1715</sup>; asimismo se reconoció que los Estados Partes deben prestar atención a la situación de los extranjeros, tanto con arreglo a su legislación como en la práctica, de manera tal que la situación de

---

<sup>1712</sup> Art. 2.1. de DUDH y art. 1.1. de la Convención Americana, respectivamente.

<sup>1713</sup> Alexandre H. Català i Bas: “Inmigración y Discriminación” en *Estudios Interdisciplinarios ...*, op. cit., p. 239.

<sup>1714</sup> Muchos son los instrumentos internacionales especializados, que se refieren a procesos migratorios, como: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990; el Convenio sobre la inspección de los Emigrantes, 1926. Existen también instrumentos internacionales anteriores, como el Convenio sobre la Conservación de los Derechos de los Migrantes, 1935; el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, 1939; el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949; el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975; la Recomendación sobre la Protección de los Emigrantes a bordo de buques, 1926; la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes, 1939; la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (colaboración entre Estados), 1939; la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949; la Recomendación sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955; la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes, 1975; y los Protocolos de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR y la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos; además de otros instrumentos internacionales vinculados a migraciones.

<sup>1715</sup> Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159 (1986), punto 7.

los extranjeros mejorará considerablemente, además se debe velar por que se den a conocer a los extranjeros que se hallen dentro de su jurisdicción las disposiciones del Pacto y los derechos reconocidos en éste<sup>1716</sup>.

A su vez, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución de protección a los migrantes, tuvo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran esos grupos humanos, que no viven en sus Estados de origen, lo que sin duda les provoca un serie de dificultades por diversas razones: idioma, costumbres, culturas, problemas económicos y sociales, obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular<sup>1717</sup>, siendo necesario que los Estados, revisen sus políticas de inmigración con miras a eliminar todas las normas y prácticas discriminatorias contra los migrantes, adoptando medidas eficaces para crear condiciones que promuevan una mayor armonía y tolerancia en la sociedad.

En grupos con diferencias culturales -como los inmigrantes con relación a los nacionales-, la inexistencia de un trato arbitrario se logra con: “La integración de las personas inmigrantes (que) pasa por una progresiva equiparación de extranjeros y españoles (nacionales) en derechos y obligaciones”<sup>1718</sup>, es que por: “El pluralismo cultural (se) requiere un tratamiento diferenciado en favor de los que integran minorías para satisfacer sus necesidades de protección, en particular, la preservación de su identidad cultural a la luz del principio de no discriminación y el principio de igualdad ante la ley”<sup>1719</sup>.

La igualdad que se consigue con la tolerancia y respeto de los derechos, costumbres y formas de vida de: “las minorías de los estados con elevados índices de pluralismo cultural”<sup>1720</sup>, minorías culturales que se dan en países que reciben inmigrantes de muchos orígenes culturales, que vienen a ser como una especie de subgrupos dentro de una sociedad mayor que los engloba a todos, ejemplo inmigrantes de origen musulmán que viven en un determinado Estado, que tienen su indumentaria tradicional, su propia lengua, su religión, sus costumbres etc..

---

<sup>1716</sup> Cit. supra, punto 4.

<sup>1717</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000.

<sup>1718</sup> Alexandre H. Català i Bas: “Inmigración y ...”, op. cit., p. 249.

<sup>1719</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho Internacional ...*, op. cit., p. 319.

<sup>1720</sup> Torbisco Casals, Neus: “La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos” en *La Multiculturalidad*, Ed. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001, España, p. 274.

Los temas de migración, no han estado ajenos a las decisiones de órganos internacionales, así la Corte Europea de Derechos Humanos en 1996, ha condenado la discriminación basada en la nacionalidad<sup>1721</sup>.

No puede dejar de comentarse lo que sucedió en 2012 cuando el TEDH condeno al Estado Italiano por expulsión colectiva de extranjeros, violado principios de derechos humanos al rechazar a migrantes africanos que solicitaron asilo en alta mar, siendo obligados a regresar a su punto de partida (Libia), práctica con la que se violó la obligación internacional de no devolver a ninguna persona a un país donde pueda correr el riesgo de sufrir abusos contra los derechos humanos<sup>1722</sup>. Dicho fallo ha sido juiciosamente analizado por Carrillo Salcedo, quién considera que: “en caso de expulsión tiene que haber posibilidad de recurso y que tenga efectos suspensivos, si el destino de la expulsión no es seguro ni se respetan los derechos fundamentales o si está en situación de conflicto armado generalizado”<sup>1723</sup>, es que es inadmisibles que cualquier Estado someta a los migrantes a tratos inhumanos y tortura, o que de manera arbitraria ponga en peligro arbitrariamente su vida.

A su vez, la Corte IDH también tuvo un pronunciamiento importante con relación a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, en la Opinión Consultiva OC-18/03, en la que se dejó constancia de la obligación general de los Estados de respetar los derechos fundamentales del migrante con independencia de la situación de irregularidad en que se encuentren, garantizando -entre otros- el principio de igualdad y no discriminación, los derechos laborales y el debido proceso.

Entre las importantes decisiones que asumió la Corte IDH en la la indicada OC-18/03, esta: “Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado ... el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado

---

<sup>1721</sup> Caso *Gaygusuz Vs. Austria*, Comunicación No. 17371/90, Sentencia del 16 de septiembre de 1996, párr. 33-51. La Corte analizó la compatibilidad con la prohibición de discriminación de la regulación austríaca para el otorgamiento de un beneficio social de emergencia para casos de agotamiento del seguro de desempleo; el peticionante cumplía con todas las condiciones para acceder al beneficio .entre ellas, la de haber hecho aportes al fondo del seguro de desempleo-salvo con la de ser nacional austríaco, por ser un inmigrante.

<sup>1722</sup> Caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Italia*, Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2012.

<sup>1723</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Hirsi Jamaa y otros* contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED núm. 32, 2013, pp. 285-291, p. 290.

en el dominio del *jus cogens*"; en cuanto a la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos, se señaló que es independiente de "cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas"; refiriéndose a la relación laboral, se manifestó que: "El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo."; finalmente se dejó sentado que: "los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio"<sup>1724</sup>.

Organismos jurisdiccionales regionales como la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-288/09, manifestó: "A propósito de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH en Opinión Consultiva OC-18/03, resaltó la obligación general de los Estados de respetar los derechos fundamentales del migrante con independencia de la situación de irregularidad en que se encuentren, garantizando, entre otros, el principio de igualdad y no discriminación, los derechos laborales y el debido proceso"<sup>1725</sup>, es decir que la Corte Constitucional de Colombia asumió de manera expresa el razonamiento que en materia de migración, realizó la Corte IDH; para ese organismo colegiado, queda claro que el fenómeno migratorio, es un asunto regulado por distintos instrumentos internacionales, además de ser objeto de pronunciamiento por distintos órganos internacionales, a través de los que se busca garantizar los derechos humanos del migrante con independencia de su situación de irregularidad, siendo esa la obligación de los Estados, cuyo incumplimiento o violación les hace responsables.

Finalmente corresponde manifestarse que los mencionados casos relativos a indígenas, mujeres, migrantes, son una pequeña expresión de la existencia de grupos vulnerables en la sociedad, respecto a los cuales los Estados tienen la obligación de una especial protección y de discriminación, que "no pasará al plano de la praxis cotidiana y del cumplimiento efectivo si la cultura política del autoritarismo y las prácticas correspondientes del aparato estatal continúan

---

<sup>1724</sup> OC 18/03, párrs. 173, puntos 4, 6, 8 y 11.

<sup>1725</sup> Punto 7.2.1. de la indicada Sentencia C-288/09.



siendo las mismas de siempre<sup>1726</sup>; por eso quienes tienen el poder público deben concretizar sus actuaciones en políticas públicas que aseguren el derecho a la igualdad como inclusión de los que fueron excluidos, pero dentro de relaciones armónicas y equilibradas de todos, en el marco convencional y constitucional de cada Estado.

---

<sup>1726</sup> Mansilla, H.C.F.: “Una comparación ...”, op. cit., p. 138.



## **CAPÍTULO V**

### **A MODO DE EPÍLOGO: EL DIÁLOGO ENTRE TEDH Y CORTE IDH: HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

---

#### **V.1. A MANERA DE JUSTIFICACIÓN**

El preámbulo de cualquier instrumento superior, sea éste internacional o estatal, de manera sucinta sienta las bases ideológicas y filosóficas que han motivado su redacción y los fines a los que se encaminan.

Tratándose del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, se tiene el Preámbulo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 04 de noviembre de 1950, que reconoce que los Gobiernos miembros del Consejo Europeo, tienen por finalidad realizar una unión más estrecha entre sus miembros a través de la protección y desarrollo de los derechos humanos, teniendo en cuenta la DUDH que tiende asegurar el reconocimiento y aplicación universal y efectivo de los derechos en ellas enunciados; a su vez, dentro del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, se cuenta con el preámbulo de la CADH, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la que los Estados americanos, manifiestan su propósito de consolidar en el Continente, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, consagrados en DUDH y otros instrumentos tanto de ámbito universal como regional.

Si bien un preámbulo no tiene un carácter normativo vinculante, pero por su contexto hermenéutico, tiene un innegable valor informador, en la medida que da base para la comprensión de la parte normativa y vinculante de la Convención; así en ambas redacciones de los preámbulos de la CEDH y de la CADH, se evidencia un propósito integrador (señalado expresa e implícitamente, respectivamente), con la finalidad de lograr un sistema europeo y un sistema americano, consolidado en defensa de los derechos humanos, a partir del reconocimiento normativo de derechos, sean éstos contenidos en instrumentos internacionales universales (como DUDH) o regionales, como son los derechos consagrados precisamente en esa CEDH o en la CADH.

Asimismo, los derechos consagrados en ambos instrumentos internacionales regionales, tienen similar reconocimiento y regulación, en cuanto al derecho a la vida e integridad personal (prohibición de torturas), a la existencia de un proceso equitativo o con adecuadas garantías judiciales (plazo razonable y juez natural), a la libertad de pensamiento y expresión, a la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación<sup>1727</sup>, entre muchos otros derechos; así como la obligación que tienen los Estados de respetar esos derechos humanos<sup>1728</sup>.

Teniendo similares líneas la CEDH como la CADH, en cuanto a su preámbulo, como en cuanto al reconocimiento y consagración de los derechos, o en relación a las obligaciones de los Estados de respetar y proteger los mismos (con las diferencias naturales que puedan existir en estos instrumentos internacionales -por el momento en que se emitieron, por los contextos a los que están destinados, etc.-), no puede esperarse disímiles interpretaciones de los derechos por los órganos internacionales, encargados de su protección, como son el TEDH y la Corte IDH.

El alcance y consecuente valor de las interpretaciones que realizan los tribunales internacionales, parte del Caso Irlanda Vs. Reino Unido, cuando se entendió que el Convenio crea por encima y por debajo, toda una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se beneficia de una protección efectiva (*collective enforcement*); de ahí que las sentencias sirven para resolver no solo el asunto que le somete, sino para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que

---

<sup>1727</sup> Como se reconoció en los arts. 2, 3, 6, 9, 10, 14 del CEDH o los arts. 4, 5, 8, 13, 24 del CADH.

<sup>1728</sup> Art. 1 de la CEDH y arts. 1 y 2 de la CADH.

los Estados respeten los compromisos contraídos como partes contratantes<sup>1729</sup>; es decir que las sentencias que emiten los tribunales, sirven para interpretar, aclarar o desarrollar las normas del Convenio, en defensa y mayor protección como respeto de los derechos humanos.

La fuerza expansiva que tiene la argumentación e interpretación de los derechos por parte de un tribunal internacional es tan grande, que no depende de la extensión de un determinado fallo o de la rigurosidad con la que se puede escribir, sino de la manera o la forma, de cómo en un razonamiento se logra persuadir a los Estados a cumplir con sus obligaciones convencionales, de respeto y protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, de ahí que una motivación judicial, contenida en la interpretación de un fallo internacional: “No tiene fronteras especiales ni argumentales. Puede ir más allá de los estrictos efectos de una cosa juzgada o, mejor, interpretada. Es de esperar que las distintas declaraciones de los derechos interactúen y que los Tribunales que las enjuicien dialoguen entre sí”<sup>1730</sup>.

La interacción entre los convenios (europeo y americano) de protección de derecho humanos, se ha dado, a partir del momento en que existen similares contenidos en su preámbulo y de tipo normativo, igualmente, el diálogo entre los tribunales internacionales se ha ido dando de manera paulatina y con distintas tonalidades entre el TEDH y la Corte IDH y viceversa, unas veces con la recepción de jurisprudencia para reforzar sus argumentaciones, otras complementando las construcciones en las interpretaciones de los derechos que con analogía van tomando una mejor forma o ajustándose a realidades determinadas, lo que permite caminar hacia la construcción de un derecho universal de los derechos humanos, pese a estar en contenidos diversos, integrados por Estados cargados de sus propias formas de vida; sin embargo todos, operadores jurídicos internacionales, destinatarios de los derechos y Estados obligados a protegerlos, están dentro de un proceso en busca de terminar de construir y consolidar un sistema de protección universal real y efectivo de los derechos humanos.

---

<sup>1729</sup> Caso Irlanda Vs. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239 y 154, respectivamente,

<sup>1730</sup> Javier García Roca: “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo”. *La Europa de los derechos ...*, op. cit., p. 30.

Dicha constatación se percibió a partir de la construcción del Capítulo IV del presente trabajo, en el que al analizar los derechos estudiados (plazo razonable, juez natural, libertad de pensamiento-expresión y no discriminación-igualdad) se fue evidenciando que muchos de los razonamientos de la Corte IDH partían de lo señalado por el TEDH, interpretaciones que a su vez, fueron asumidas por los tribunales o corte constitucionales de Colombia, Perú y Bolivia.

En el presente capítulo y a manera de epílogo de este estudio, pasa a ver sucintamente esa relación: TEDH, Corte IDH y tribunales americanos, además de evidenciar si algún tribunal estatal europeo, como el Español, se apodera de ese razonamiento, constatando si existe una relación inversa, es decir si los razonamientos de la Corte IDH han sido asumidos por el TEDH.

Todo esto a fin de demostrar la verdadera dimensión del diálogo que se está produciendo entre tribunales internacionales y estatales (europeos y americanos), en una era de la globalización de derechos, que redundaría en la creación de un derecho universal de los derechos humanos; hay que recordar que en la actualidad: “los derechos humanos asumen una dimensión verdaderamente global, trascendiendo de particularismos, también requieren soluciones globales, cristalizando el reconocimiento del carácter universal de los derechos protegidos”<sup>1731</sup>.

## **V.2. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH POR EL TEDH**

En el capítulo anterior, se ha evidenciado como la jurisprudencia de la Corte IDH -con relación a los derechos estudiados- en muchos tópicos ha partido de lo señalado por el TEDH, como posteriormente se volverá a constatar en el presente capítulo además con relación a tribunales estatales europeo y americanos.

Corresponde ahora determinar si con relación a los derechos estudiados (plazo razonable, juez natural, libertad de expresión e igualdad), la jurisprudencia del TEDH ha partido o no de lo razonado por la Corte IDH, si se tiene en cuenta

---

<sup>1731</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Derecho ...*, op. cit., p. 395.

que: “en los últimos años la jurisprudencia del TEDH se ha acercado en muchos aspectos a la de la Corte IDH, si bien ambos tribunales mantienen diferencias fundamentales”<sup>1732</sup>.

Alguna de las diferencias de interpretaciones que se dan entre los tribunales internacionales, están vinculadas a temas propios del derecho penal internacional, por ejemplo en aspectos relativos a la obligación de los Estados de investigar graves violaciones de derechos humanos, o la aplicación retroactiva de Convenios de derechos humanos, o la definición de crímenes internacionales y otros, como ha podido constatar Gil Gil, para quién: “Al contrario de lo que suele hacer la Corte Interamericana de Derecho Humanos, el TEDH no suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, sino que se mantiene en el ámbito de su competencia y solo se pronuncia sobre la violación de derechos humanos”<sup>1733</sup>.

Las distancias que se producen entre los razonamientos de los tribunales internacionales en temas como los señalados (algunos del derecho penal internacional), se van acortando produciéndose importantes encuentros, en otros temas y derechos, por ejemplo el derecho a la vida (vinculado a desapariciones forzadas) y el derecho a la integridad personal, derechos que han sido muy desarrollados por la Corte IDH, lo que ha provocado que esos razonamientos hayan sido asimilado por el TEDH, por lo que se hará referencia a ellos en esta parte del estudio, para luego hacer una rápida mención a los derechos objeto del este trabajo.

### **V.2.1 Derecho a la vida (desapariciones forzadas)**

La proclamación del derecho a la vida, se encuentra consagrado en el art. 4.1 de la CADH, que ordena que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, lo que se constituye en un “principio sustancial”, que viene acompañado

---

<sup>1732</sup> Alicia Gil Gil: “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*. T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México D.F., 2011, p. 332.

<sup>1733</sup> Op. cit. supra, p. 333.

de un “principio procesal” cuando se señala: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, como entendió la Corte IDH en Opinión Consultiva N° 3/83<sup>1734</sup>.

El derecho de protección a la vida, no solo implica una conducta negativa o de abstención por parte del Estado, sino también conlleva la existencia de acciones positivas que: “favorecen la calidad de la existencia, el desarrollo de la persona, la elección de su propio destino”<sup>1735</sup>; así reconoció la Corte IDH en su jurisprudencia, cuando señaló que: “el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a ese derecho básico”<sup>1736</sup>.

Frente a la proclamación de la vida, la CADH, también reconoce la limitación de la muerte punitiva, en el art. 4.2-6 de dicho instrumento internacional<sup>1737</sup>, o como se ha denominado en la OC-3/83, se ha regulado las restricciones a la pena de muerte, en aquellos países en los que no han resuelto todavía su abolición: “En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del

---

<sup>1734</sup> Opinión Consultiva N° 3/83 de 08 de septiembre, párr. 53.

<sup>1735</sup> Sergio García Ramírez: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”. *Seminario Internacional sobre la abolición de la pena Capital*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Madrid 9-10 de diciembre de 2009, p. 237.

<sup>1736</sup> Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

<sup>1737</sup> El art. 4.2-6 de la Convención Americana señala: “2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.”



reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital<sup>1738</sup>, llegando la Corte IDH a la conclusión que con estas restricciones, la CADH revela una tendencia limitativa a: “una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”<sup>1739</sup>.

En aquellos países en los que lamentablemente no se logró abolir la pena de muerte, la imposición o aplicación de esa pena, se encuentra sometida al cumplimiento de reglas procesales o de un debido proceso o de un procedimiento adecuado que termine con la imposición de una pena de muerte.

Existen fallos de la Corte IDH referidos a la necesaria existencia de un debido proceso, para imponer una pena de muerte, así en la Opinión Consultiva OC-16/99 se manifestó: “Si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana”<sup>1740</sup>, es que debe tenerse en cuenta que, la pena de muerte por su naturaleza, es excepcionalmente grave e irreparable, en esa medida esa pena solo puede ser aplicada respetando las garantías de un debido proceso. En esa misma línea en el conocido caso *Hilarie Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago*, se manifestó que: “Tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana”<sup>1741</sup>. Asimismo, en el Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, se manifestó: “el respeto al conjunto de garantías que informan el debido proceso y significan el límite a la regulación del poder penal estatal en una sociedad democrática, se hace especialmente infranqueable y riguroso cuando venga al caso la imposición de la pena de muerte”<sup>1742</sup>.

Esas construcciones referidas a la garantía al debido proceso legal, tratándose de la imposición de la pena de muerte, han sido expresamente

---

<sup>1738</sup> OC-3/83, párr. 55.

<sup>1739</sup> Cit supra, párr. 57.

<sup>1740</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 135.

<sup>1741</sup> Caso *Hilarie Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 148 (remitiéndose a la Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 135).

<sup>1742</sup> Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 78.

asumidas por el TEDH, que en el caso *Oclan Vs. Turquía*, se realizó mención a las restricciones de la pena de muerte, que se rige por el principio de que nadie podrá ser arbitrariamente privado de la vida, además de la existencia de una tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte hacia su supresión final, como el necesario control para la observancia de garantías judiciales en esos casos, teniendo en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte y la observancia de un debido proceso legal, que se vuelve aún más importante, por estar en juego la vida humana, asumiendo de manera expresa lo señalado en la OC-3/83, en la OC-16/99 y el Caso *Constantine y Benjamín Vs. Trinidad y Tobago*<sup>1743</sup>.

Con relación aquellas situaciones de conflicto armado o en difíciles condiciones de seguridad, dentro de la tramitación de un debido proceso, tampoco le resta al Estado el deber de investigar las presuntas violaciones del derecho a la vida; así reconoció la Corte IDH en el Caso *Mapiripán Vs. Colombia* cuando se señaló:

“la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”<sup>1744</sup>.

Todo ese razonamiento, ha sido asumido de manera expresa por el TEDH, en el Caso *Al-Skeini y otros Vs. Reino Unido*<sup>1745</sup>, cuando transcribe textualmente lo señalado por la Corte IDH, para dejar constancia la relevancia que existe del deber de investigar violaciones del derecho a la vida, o que la muerte sea investigada, tratándose de ejecuciones extrajudiciales que se dan en situaciones de conflicto armado y de ocupación, pero aún en esas difíciles condiciones, en el marco de un debido proceso, se deben asumir las medidas razonables para

---

<sup>1743</sup> *Oclan Vs. Turquía*, Sentencia de 12 de mayo de 2005.

<sup>1744</sup> Caso *Mapiripán Vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 238.

<sup>1745</sup> Caso *Al-Skeini y otros Vs. Reino Unido*, Sentencia de 07 de julio de 2011, en la que además de asumir expresamente el razonamiento de la Corte IDH, también hace mención a otros razonamientos similares que se han dado en el TEDH, tal el Caso *Kaya Vs. Turquía*, Sentencia de 19 de febrero de 1988, *Musayev y otros Vs. Rusia* Sentencia de 26 de julio de 2007 y otras.

garantizar una investigación independiente y eficaz, sobre presuntas violaciones al derecho a la vida.

El derecho a la vida, también se encuentra lesionado cuando se produce desaparición forzada de las personas, como entendió la Corte IDH, cuando en una sus primeras decisiones sobre denuncia de desaparición forzada (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988), entendió que: “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención”, también se entiende que es una forma de: “tratamiento cruel e inhumano”, además que implica una grave violación al derecho a la vida, por implicar de manera frecuente la: “ejecución de los detenidos en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron”<sup>1746</sup>; así también se entendió que la desaparición forzada de las personas, es un delito que: “viola la libertad personal (privación arbitraria de la libertad) y pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido”<sup>1747</sup>; aunque es necesario aclarar que el que se produzca la muerte del detenido, no es imprescindible para que se dé una lesión al derecho de la vida de las personas, que de hecho queda violada con la sola detención o privación arbitraria de la libertad de una persona.

El entendimiento sobre desaparición forzada, que dio la Corte IDH en el referido Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras y otras sentencias, tal el Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, como Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia<sup>1748</sup>, ha sido citado como material internacional pertinente por el TEDH en el caso Kurt Vs. Turquía, Sentencia de 25 de mayo de 1998, al igual que en el caso Ertak Vs. Turquía, Sentencia de 05 de septiembre de 2000, entre otras.

La desaparición forzada de las personas, resulta ser un delito muy grave, por poner en peligro no solo la libertad de las personas, sino su seguridad y hasta la propia vida de la persona, por lo que el Estado debe asumir todas las medidas que sean necesarias para evitar esos hechos, investigar y sancionar a los responsables de semejante crueldad; uno de los aspectos más importantes en la

---

<sup>1746</sup> Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 155, 156 y 157. En similar sentido de lo señalado en el Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, en Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163; igual que lo señalado en el Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 65, entre muchas otras.

<sup>1747</sup> Caso Bamáca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128.

<sup>1748</sup> Sentencias de 20 de enero de 1989 referida y 08 de diciembre de 1995, respectivamente.

definición del delito de desaparición forzada de las personas, es el carácter permanente que se le atribuye a ese tipo de delito: “para la consideración del delito como uno de ejecución permanente puede ser la definición clara y precisa que de este tipo de delitos introduce Roxin y que se repite en numerosos autores: “Son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la relación del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” »<sup>1749</sup>.

El carácter permanente o continuado de la desaparición forzada, ha sido un aspecto profundamente analizado por la Corte IDH, quién considera que la desaparición marca el inicio de una situación continuada, que puede versar sobre hechos y efectos inclusive que son posteriores a la fecha en la que un Estado reconoce la competencia de la Corte IDH, de ahí que se habla de la competencia *ratione temporis*, para resolver acerca de la desaparición forzada de una persona, que si bien puede haberse iniciado antes de la fecha en que el Estado reconociera la jurisdicción contenciosa de la Corte, pero que se extiende en el tiempo más allá de dicho reconocimiento de competencia y jurisdicción<sup>1750</sup>; o lo que es lo mismo, los efectos de la desaparición, se extienden o se prolongan de manera continúa o permanente hasta el momento en el que se establezca el destino o paradero de la víctima o exista un completo esclarecimiento de la desaparición forzada, que puede conocerse o no más allá de la fecha en que se produjo la muerte (siempre y cuando la misma se haya producido en el marco de una desaparición forzada), pero con posterioridad a la fecha en la que el Estado reconoce la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Estos razonamientos que en la década de los ochenta (1988) han partido de la Corte IDH, han sido absolutamente asumidos por el TEDH, en diversos casos, tal en el caso *Silih Vs. Eslovenia*, que en Sentencia de 04 de septiembre de 2009, asumen los razonamientos que se dieron en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *Godínez Cruz Vs. Honduras*, *Comunidad de Moiwana Vs. Sirinam*, en los que se manifestó, que en el caso de una violación continúa o permanente, que comienza antes de la aceptación de la competencia de la Corte

---

<sup>1749</sup> Alejandro Aponte Cardona: “Desplazamiento forzado ...”, p. 113.

<sup>1750</sup> Además de las Sentencias de la Corte IDH señaladas en las citas precedentes, otras tal: *Caso Hermanas Cruz Serrano Vs. El Salvador*, Sentencia de 23 de noviembre de 2004; *Caso Comunidad de Moiwana Vs. Sirinam*, Sentencia de 15 de junio de 2005; *Caso C Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008.

y persiste aún después de ese reconocimiento, el Tribunal es competente para examinar las acciones y omisiones que ocurran posteriormente para el reconocimiento de la competencia, así como sus respectivos efectos.

Las sentencias de la Corte IDH mencionadas, también hacen una separación de aspectos de procedimiento y sustantivos; entre los derechos de tipo procedimental, está el derecho a un juicio imparcial (art. 8 de la CADH) y el derecho a la protección judicial (art. 25 con relación al art. 1.1 de la CADH), a su vez, entre el derecho sustantivo está el derecho a la vida (art. 4 CADH). Ahora bien, en aquellos casos en los que la rama sustantiva (derecho a la vida) no se ha violado, no impide a la Corte IDH, tener competencia para conocer quejas de procedimiento autónomo, referidas a deficiencias en las investigaciones penales nacionales (derechos procedimentales), que con competencia temporal los analiza dicha Corte, por constituirse violaciones específicas y autónomas relativas a la denegación de justicia, ocurridas después del reconocimiento de la Competencia de la Corte IDH<sup>1751</sup>.

El razonamiento señalado ha sido expresamente asumido por el TEDH, en el referido caso *Silih Vs. Eslovenia*, en el que se concluye que:

“159. ... la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva en virtud del art. 2 se ha convertido en un derecho independiente y autónomo. A pesar de que es provocada por los actos relativos a aspectos sustantivos del art. 2, que puede dar lugar a la constatación de una “interferencia” separada e independiente en el sentido de la sentencia *Blecic*... puede considerarse como una obligación desmontable derivada del artículo 2, capaz de unir al Estado, incluso cuando la muerte se produjo antes de la fecha crítica.

160. Este enfoque se apoya también en la jurisprudencia ... de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, aunque con diferentes disposiciones, la jurisdicción aceptada *ratio temporis* sobre las quejas de procedimiento relativas a las muertes que tuvieron lugar fuera de su jurisdicción temporal”<sup>1752</sup>.

En otro caso, *Varnava Vs. Turquía*, resuelto por el TEDH, también se apoya en la jurisprudencia de la Corte IDH, al referirse a muerte, desapariciones forzadas y jurisdicción *ratio temporis*, haciendo mención expresa al contenido de lo razonado, en el Caso *Blake Vs. Guatemala*, *Hermanas Cruz Serrano Vs. El Salvador* y *Heliodoro Portugal Vs. El Salvador*; en el último caso mencionado, la Corte IDH hace una distinción interesante entre las desapariciones forzadas y las

---

<sup>1751</sup> Tal lo expresado en las indicadas Sentencias, en los Casos: *Godínez Cruz Vs. Honduras*, *Hermanas Cruz Serrano Vs. El Salvador*, entre otras.

<sup>1752</sup> Caso *Silih Vs. Eslovenia*, Sentencia de 04 de septiembre de 2009, párr. 159 y 160.

ejecuciones extrajudiciales en el marco de su competencia *ratio temporis*<sup>1753</sup>.

Finalmente en dicha Sentencia del TEDH, se expresa:

“147. El Tribunal destaca que, como se encuentra en *Silih Vs. Eslovenia* sobre la obligación procesal en virtud del art. 2 de investigar muertes ilegales o sospechosas, la obligación procesal en virtud del art. 2 derivado de desapariciones funciona independientemente de la obligación sustantiva. Toma nota de que la Corte Interamericana ... se aplica el mismo enfoque a los aspectos de procedimiento de las desapariciones ..., el examen de las denuncias de negación de justicia o la protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción”<sup>1754</sup>.

En consecuencia, la Corte IDH y siguiendo la misma línea el TEDH, se han pronunciado sobre la jurisdicción *ratio temporis* de estos tribunales internacionales, para conocer quejas de procedimiento relativas a las muertes que hubieran tenido lugar fuera de su jurisdicción temporal, como efectos de una desaparición forzada, aún cuando esta se hubiere iniciado con anterioridad a la fecha en la que el Estado reconoce la competencia del tribunal internacional, con la condición de que dicha violación permanezca o continúe, más allá de ese reconocimiento.

### V.2.2 Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad física, se encuentra consagrado en el art. 5 de la CADH, que reconoce que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”; este derecho a la integridad física -al igual que el derecho a la vida o el derecho a la libertad personal- se encuentra violado cuando se produce la desaparición forzada de una persona.

Hay que recordar lo manifestado por la Corte IDH, en sentido de que la desaparición forzada, se constituye en una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención, tal los derechos a la vida,

---

<sup>1753</sup> Así se señala que: “a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de las personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente”.

<sup>1754</sup> Caso *Varnava Vs. Turquía*, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 147.

libertad y la seguridad persona e integridad personal; así tratándose del último de esos derechos, se expresó que:

“... el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, ... las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.”<sup>1755</sup>.

El derecho a la integridad personal (física y psíquica) está reconocido en forma negativa en el art. 3 del CEDH, que se señala: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”. “A pesar de su brevedad, dicho artículo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa”, como entendió el TEDH, en el Caso *Soering Vs. Reino Unido*<sup>1756</sup>, puesto que se constituye en un derecho inderogable y absoluto: “ya que no puede ser objeto de limitación ni suspensión en ninguna circunstancia”<sup>1757</sup>, ni siquiera en caso de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación, como establece el art. 15.2 de dicho Convenio y se reconoce en la jurisprudencia del TEDH<sup>1758</sup>.

Tratándose del derecho a la integridad personal y su carácter absoluto (que puede verse afectado como consecuencia del delito de desaparición forzada y otra conducta ilegal), la Corte IDH, en el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, manifestó que: “Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se reconoció que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”. ”<sup>1759</sup>, es que la

<sup>1755</sup> Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 156.

<sup>1756</sup> Caso *Soering Vs. Reino Unido*, Sentencia de 07 de julio de 1989, párr. 88.

<sup>1757</sup> Ana Solado Osuna: “Los tratados prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *La Europa de los Derechos ...*, op. cit., p. 110.

<sup>1758</sup> En el caso *Chahal Vs. Reino Unido*, en Sentencia de 15 de noviembre de 1996, se ha llegado a manifestar el carácter absoluto de este derecho a la integridad personal que implica que la prohibición de tortura debe existir: “incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>1759</sup> Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 92; ese razonamiento, se asumió del Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, Sentencia de 28 de agosto de 2000, párr. 102.

prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional.

El referido caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, que hizo mención al alcance de la tortura, ha sido asumido de manera expresa por el TEDH en el *Caso Gafgen Vs. Alemania*, en el que considera que:

“el Tribunal considera que las amenazas reales e inmediatas contra el demandante con el fin de extraer información de él, alcanzaron el nivel mínimo de gravedad para que la conducta impugnada este dentro del alcance del art. 3. Reitera que... de acuerdo con los puntos de vista tomados por otros organismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos (Corte IDH) ... una amenaza de tortura puede constituir tortura, como la naturaleza de la tortura abarca tanto el dolor físico y el sufrimiento mental. En particular el medio a la tortura física, puede constituir en sí misma tortura mental”<sup>1760</sup>.

De ahí que la tortura puede ser considerada como el género con relación a otros tratos prohibidos por inhumanos o degradantes; en todo caso se entiende que la tortura se trata de actos de mayor gravedad, es decir causados deliberadamente con el objetivo de causar severos y crueles daños, tal el causar sufrimiento físico, conlleva tortura psicológica o mental, produciéndose lesión o vulneración del derecho a la integridad física.

En consecuencia, dentro de la protección al derecho a la integridad personal de la persona, esta la obligación de todos (Estados y ciudadanos) de proteger a todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, habiéndose dado una definición más amplia de lo que es tortura, por el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuando se señala que por tortura se entenderá: “... todo acto por el cual se inflinjan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido...”<sup>1761</sup>.

De ahí que: “El alma o esencia de la tortura es la percepción del control y del dominio del torturado, el comprender que haga lo que haga nada puede escapar al dominio o al control que le impone el que subyuga”<sup>1762</sup>, además del

---

<sup>1760</sup> Caso *Gafgen Vs. Alemania*, Sentencia de 01 de junio de 2010, parr. 108.

<sup>1761</sup> Art. 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984 (Resolución 39/46).

<sup>1762</sup> Fausto Gudín Rodríguez-Magariños: *Luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 20.



dolor físico que puede soportar, es un dominio psicológico del que la víctima no puede liberarse; “De igual forma, podría decirse que un crimen internacional es aquella conducta que constituye simultáneamente una violación de derechos humanos y un delito; por ejemplo ... la tortura. (Esta, no obstante, según las circunstancias, puede ser un delito ordinario)”<sup>1763</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, asume de manera expresa la señala por la Corte IDH, en cuanto al alcance general de la tortura; sin embargo hay que tener presente que dicha jurisprudencia es mucho más amplia con relación a los elementos que integran una tortura, tal la apreciación relativa de la intensidad del dolor infligido a la víctima, el principio de presunción de causalidad entre los hechos atestiguados y la falta de explicación por el Estado, la valoración de las circunstancias concretas del caso (contexto socio político) y de la víctima (edad, sexo, etc.)<sup>1764</sup>.

### V.2.3 Derecho a un juez natural

Las menciones que se han realizado sobre la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por el TEDH, con relación a los derechos a la vida e integridad personal -que no han sido objeto de estudio en este estudio-, tienen por finalidad demostrar la recíproca recepción de jurisprudencia entre tribunales internacionales; correspondiendo ahora hacer mención a ese tipo de recepción, pero con referencia a derechos objeto de estudio en el capítulo anterior, con la aclaración que no se hará alusión alguna con relación al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, que si bien tiene un interesante desarrollo en la jurisprudencia de la Corte IDH (que partió de razonamientos del TEDH), interpretaciones americanas que no han sido recibidas por el TEDH, que en su jurisprudencia, en ningún caso se conoce la evocación a los fallos emitidos por la Corte IDH.

Con la aclaración señalada en el párrafo precedente, corresponde ahora referirse al derecho a un juez natural, que ha sido desarrollado por la Corte IDH,

---

<sup>1763</sup> Alejandro Aponte Cardona: “Desplazamiento forzado ...”, op. cit., p. 89.

<sup>1764</sup> Como señaló Julia Ruiloba Alvariño, citada por Laura Zúñiga Rodríguez: “Instrumentos Jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes”. *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*. Ed. Ararteko, 2004, p. 48

cuyos criterios han sido asumidos por el TEDH, en el Caso Ergin Vs. Turquía, de de 05 de abril de 2006, que de manera expresa y específica asumió los razonamientos que dio la Corte IDH en el Caso Durand Ugarte Vs. Perú en el que se manifestó: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”<sup>1765</sup>.

En la indicada sentencia del TEDH de 2006, se expresa que: “En este sentido, cabe destacar el informe sobre la cuestión de la administración de justicia por los militares, presentado a la ONU correspondiente subcomisión, Principio N° 5 del informe se afirma: “Los tribunales militares ... no es competente para juzgar a civiles. En todo caso, el estado deberá garantizar que los civiles acusados de un delito de cualquier naturaleza sean juzgados por tribunales civiles”<sup>1766</sup>; situación que ha sido adoptada por la Corte IDH en el caso Cantoral Benavides Vs. Perú, en Sentencia de 18 de agosto de 2000, en la que se expresó que tribunales militares han sido creado por varias leyes con el objetivo de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones”<sup>1767</sup>.

En consecuencia, queda claro que para el TEDH, al igual que la Corte IDH, la jurisdicción militar tiene límite en su actuación, porque está para juzgar a militares por delitos que atenten bienes jurídicos militares, pero no está para juzgar a civiles, tampoco está para juzgar a militares por delitos comunes, que deberán ser juzgados por la jurisdicción ordinaria.

---

<sup>1765</sup> Párr. 117.

<sup>1766</sup> Caso Ergin Vs. Turquía, Sentencia de 05 de abril de 2006, párr. 45.

<sup>1767</sup> Como se ha referido en la sentencia del TEDH citada supra, remitiéndose al fallo de la Corte IDH, relativo al Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 112.

#### V.2.4 Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información

El pensamiento que en el interior de cada una de las personas se va formando, se manifiesta hacia el exterior, a través de la libertad de expresión, que como parte de un derecho de tipo subjetivo, somos titulares todos los seres humanos, derecho a través del cual se produce la comunicación entre todos los integrantes de la sociedad, haciéndose conocer uno a otros los pensamientos, ideas u opiniones que se tenga sobre determinadas situaciones.

Solo en un régimen autoritario, no se garantiza la libertad de expresión, a la inversa, esta libertad está presente en toda sociedad democrática, o lo que es lo mismo, la libertad de expresión se constituye en un elemento esencial de una sociedad democrática, o se convierte en una cuestión primordial para su progreso y desarrollo de cada uno de los pueblos, cuyos componentes deben estar no solo a las ideas aceptadas favorablemente, sino que también deben ser receptores de todas aquellas expresiones que impactan o inquietan al Estado o algún segmento de la población, como entendió el TEDH en 1976<sup>1768</sup>.

El TEDH en el Caso Palomo Sánchez y otros Vs. España de 2011, al referirse al carácter fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, como condición necesaria para el desarrollo de los sindicatos, asumió y transcribió la OC-5/85 de la Corte IDH, en la que se señaló:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”<sup>1769</sup>

Asimismo, en dicho fallo del TEDH del 2011, al referirse a la relevancia de la libertad de expresión de sindicatos se señaló que: “la Corte (Tribunal de Justicia o TEDH) observa que la Corte IDH, en su OC-5/85, hizo hincapié en que la libertad de expresión es ‘una condición sine qua non para el desarrollo de ...

---

<sup>1768</sup> Caso Handyside Vs. Reino Unido, Sentencia de 07 de diciembre de 1976.

<sup>1769</sup> Párr. 70 de la OC5-85 de la Corte IDH, asumida expresamente en el Caso Palomo Sánchez y otros Vs. España, en Sentencia de 12 de septiembre de 2011.

organizaciones sindicales’ ”<sup>1770</sup>, pudiendo los miembros de un sindicato ser capaces de expresar a sus empleadores sus demandas por las que tratan de mejorar su situación de trabajadores en su empresa.

Este TEDH, no solo se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH con relación a la libertad de expresión, sino también la que desarrolló este tribunal internacional americano, pero con referencia a la libertad de información, que se encuentra estrechamente relacionada a la anterior libertad (expresión); recordando que la libertad de información es una faceta de la libertad de expresión, que implica el derecho que tienen los profesionales de la información, de difundir los hechos noticiables que se dan en la realidad, como el derecho de las personas a recibir esa información que debe ser veraz.

El 2009, en el Caso Stoll Vs. Suiza, el TEDH asume la jurisprudencia que dio la Corte IDH en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, en el que haciéndose referencia a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, se señaló que:

“el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública ...” ... “En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”<sup>1771</sup>.

En el indicado fallo del 2009, el TEDH asumiendo razonamientos de la CIDH, considera que: “la divulgación de la información en poder del Estado debe desempeñar un papel muy importante en una sociedad democrática, que permite a la sociedad civil controlar las acciones del gobierno a los que ha confiado la protección de sus intereses”<sup>1772</sup>.

### **V.2.5. Derecho a la igualdad**

Una de las manifestaciones del derecho a la igualdad, se expresa en la prohibición de no discriminación o de protección a grupos sistemáticamente

---

<sup>1770</sup> Caso Palomo Sánchez, cit supra, párr. 56.

<sup>1771</sup> Párr. 84 y 86 del Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, asumidos expresamente en el Caso Stoll Vs. Suiza, Sentencia 10 de diciembre de 2007.

<sup>1772</sup> Párr. 111, Caso Stoll Vs. Suiza, cit. supra.

excluidos, entre los que se encuentran el de las mujeres, que de manera histórica y sistemática, han sido discriminadas, sufriendo violencia física, psicológica, sexual etc., lo que dejó en sus vidas lamentables consecuencias, por los daños irreversibles que se les ha causado, más aun cuando ha sido el propio Estado, quién no ha asegurado ni ha garantizado procesos legales, investigativos y judiciales que sean realmente efectivos.

El TEDH, al considerar la definición y el alcance de la discriminación contra la mujer, señaló de manera expresa que el mismo: “ha de tener en cuenta las disposiciones de los más especializados instrumentos jurídicos y las decisiones de los órganos jurídicos internacionales sobre la cuestión de la violencia contra la mujer”<sup>1773</sup>. Entre las disposiciones especializadas, considera el contenido de la Convención de Belem do Pará, señalando que dicho instrumento es: “hasta ahora el único tratado de derechos humanos multilateral regional para tratar exclusivamente la violencia contra la mujer, se describe el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que engloba, entre otros, el derecho a estar libre de todas las formas de discriminación”<sup>1774</sup>; con relación a otros órganos jurídicos internacionales, asume de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando transcribe párrafos de la Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, en la que se refirió al fundamento jurídico de la responsabilidad internacional del Estado por actos privados cuando hay violencia en contra las mujeres, al sostener que en dichos casos: “los Estados internacionalmente son responsables por su falta de la debida diligencia para prevenir violaciones de derechos humanos, de investigar y sancionar a los responsables o para prever la reparación adecuada a las familias”<sup>1775</sup>.

En la misma línea, reconociéndose la obligación de cada Estado de responder por actos de violencia contra la mujer con la debida diligencia, el TEDH, asumió de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH, referida a dicho Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, llegándose a la conclusión de que existe una: “especial vulnerabilidad de las víctimas de la violencia doméstica y (por ello) la necesidad de participación activa del Estado en la protección que se

---

<sup>1773</sup> Caso Opuz Vs. Turquía, de 09 de junio de 2009, parr. 185.

<sup>1774</sup> Sent. Cit supra, párr. 189.

<sup>1775</sup> Párr. 84 del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, asumió expresamente por el TEDH en la Sent. cit. supra.

ha destacado en una serie de instrumentos internacionales”, mencionándose además la jurisprudencia de otros organismos internacionales<sup>1776</sup>.

Una de las maneras de violencia contra la mujer es la violación sexual, que por sus efectos constituye una forma de tortura, como reconoció la Corte IDH en el Caso de Miguel Castro Castro Vs. Perú, cuando se sostuvo que la inspección vaginal hecha por varios guardias del penal, se reunió con la definición de violación, trato grave que por sí constituye tortura; así reconoció el TEDH, cuando señaló que: “varios tribunales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincidieron en que la penetración de un objeto constituía un acto de tortura”<sup>1777</sup>.

Al referirse a la discriminación racial, como otra forma de discriminación o segregación de grupos especialmente vulnerables, no podría dejarse de referir al voto disidente que dio el Magistrado Bonello, cuando asumiendo de manera expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, señaló que: “La Corte (TEDH) se ha quedado a la zaga de otros tribunales de derechos humanos. La Corte IDH, por ejemplo estableció estándares en conjunto más razonables”<sup>1778</sup>, tal el reconocer que la protección internacional no busca castigar a los culpables (de la violencia domésticas, de actitudes discriminatorias raciales, de género u otras), sino proteger a las víctimas y disponer la reparación de daños (a favor de las mujeres, los indígenas, niños, discapacitados, etc.).

---

<sup>1776</sup> Caso Bevacqua y S. Vs. Bulgaria, Sentencia de 12 de junio de 2008; en la que se asumió no solo la jurisprudencia de la Corte IDH señalada (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras), sino también lo dicho por: la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (E/CN.4/2006/61); el Caso Osman Vs. Reino Unido, de 28 de octubre de 1998; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con referencia al Informe N° 54/01, Caso María Peña Fernández – Brasil) y; el Comité de seguimiento de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Referencia al Caso de AT Vs. Hungría - 2005).

<sup>1777</sup> Caso Zontul. Vs. Gracia, Sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 91, remitiéndose a otro párr. 65, en el que se hizo expresa mención al Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, de la Corte IDH.

<sup>1778</sup> Cuando se señaló que: “La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El objetivo de normas internacionales, no es para castigar a las personas culpables de violaciones, sino para proteger a las víctimas y disponer la reparación de los daños resultantes de los actos de los Estados responsables”, así se estableció en el Párrafo 134 del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988; todo esto asumido de manera expresa por el TEDH en el caso Anguelova Vs. Bulgaria, voto disidente del Juez Bonello, párr. 11, con relación a la Sentencia de 13 de junio de 2002.

### V.3. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH POR LA CORTE IDH Y TRIBUNALES ESTATALES EUROPEO (ESPAÑA) Y AMERICANOS (BOLIVIA, COLOMBIA Y PERÚ)

La protección de los derechos humanos-fundamentales, se realizó en primer lugar dentro del ámbito interno de cada uno de los Estados, sin embargo a partir de la segunda guerra mundial, se han ido constituyendo y consolidando sistemas de protección regional e internacional de los derechos humanos, que resultan ser subsidiarios pero absolutamente complementarios a esa organización interna de protección, lo que produjo la denominada: “internacionalización de los derechos humanos y, con ello la creación de organismos jurisdiccionales supranacionales especializados de la materia”<sup>1779</sup>.

Tanto el sistema europeo como el americano de protección de los derechos humanos, tienen órganos jurisdiccionales que por excelencia, tienen como principal misión la de interpretar y aplicar las normas convencionales (CEDH y CADH) y todo otro tratado de derechos humanos de cada una de las regiones, tribunales internacionales, que no son sino los órganos concentrados e intérpretes de las normas convencionales y otras, con lo que: “cumple una labor de creación y unificación de precedentes en materia de garantía de derechos humanos”<sup>1780</sup>, a través de decisiones jurisdiccionales “de cierre”, como intérpretes supremos o últimos de los derechos.

Luego del estudio de los derechos seleccionados, se constata que esa labor de interpretación, en general parte de la realizada por el TEDH, se asume por la Corte IDH y a su vez, por los tribunales constitucionales de cada uno de los Estados, que son los principales interlocutores de las interpretaciones internacionales, que con supremacía de opinión o diciendo la última palabra, realizan la interpretación de los derechos humanos-fundamentales, a fin de que ambos órganos -estatal o constitucional y supra estatal o convencional-, tutelen

---

<sup>1779</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en *Derecho Procesal Constitucional*, T. II, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 1582.

<sup>1780</sup> Manuel Y. Páez Ramírez: “El papel de la sociedad civil en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Países Andinos*, op. cit., p. 135.

de la manera más efectiva los derechos humanos-fundamentales de las personas; de ello se tiene que por una parte existen órganos jurisdiccionales estatales, que son intérpretes de derechos constitucionales por excelencia, pero no por ello dejan de desentrañar derechos contenidos en tratados o convenciones -por formar parte de su derecho interno-, por otra parte, existen órganos jurisdiccionales supra estatales, que como intérpretes supremos de los derechos convencionales, son los encargados de explicar y divulgar los alcances de sus interpretaciones, que van a ser vinculantes otros órganos jurisdiccionales estatales, esforzándose por lograr una adecuada compatibilización de ambas jurisdiccionales, en la interpretación de los derechos, conforme al Convenio.

El intercambio y el aprendizaje recíproco de la jurisprudencia entre tribunales jurisdiccionales, hace que: “se profundice el diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH (como el TEDH) y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano”<sup>1781</sup>, ese diálogo interjurisdiccional, provoca que los Tribunales constitucionales de los diferentes Estados: “tengan presentes las observaciones o discordias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano (como por el TEDH) para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional”<sup>1782</sup>.

Luego de haberse estudiado la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por tres países de la región andina (Bolivia, Perú y Colombia), limitándose el análisis a algunos derechos-garantías contenidos en la CADH (tal el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, el derecho a un juez natural competente, independiente e imparcial, el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información y el derecho a la igualdad), se ha llegado a constatar que en muchos casos y en general, las interpretaciones de la Corte IDH se basan en lo dicho por el TEDH, asimilándose no solo por los tribunales estatales americanos, sino también europeos (como el caso de España), evidenciándose con ello que esta recepción provoca una mutua influencia entre la jurisdicción internacional con relación a las estatales, que no siempre se limitan al uso de un precedente,

---

<sup>1781</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699.1524, Num. 16/2, Semestre 2010, p. 36.

<sup>1782</sup> Op. cit. supra.



produciéndose un diálogo entre jurisdicciones estatales y supra estatal, como se pasa a demostrar de manera sucinta.

### **V.3.1 Derecho al proceso dentro de un plazo razonable**

Al referirse a las garantías judiciales, el artículo 8.1 de la CADH hace mención al plazo razonable, cuando señala que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable ... en la sustanciación de cualquier acusación penal ...o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”; en la misma línea el art. 6 de la CEDH, al referirse al derecho a un proceso equitativo, expresa que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable...”.

El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable -sea como parte de una garantía judicial o de un proceso equitativo-, implica el derecho que tiene todo justiciable, de acudir a los órganos de administración de justicia, en demanda de protección de sus derechos que se consideren vulnerados, demanda que deberá ser resuelta dentro de un tiempo razonable o dentro de un proceso sin que exista dilaciones indebidas; este derecho desarrollado en la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección, ha sido mejor profundizado por la jurisprudencia estatal, tal como ocurrió en el caso del Tribunal Constitucional Español, que considera que: “Por proceso sin dilaciones indebidas, hay que entender el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción”<sup>1783</sup>.

El carácter razonable de la duración de un procedimiento, debe analizarse en cada caso y de acuerdo a sus propias circunstancias: “razonabilidad que de inicio podrá apreciarse realizando un estudio global del procedimiento o con relación a la duración total del mismo”, como entendió el TEDH en el Caso Motta

---

<sup>1783</sup> STC 43/1985, 02 de octubre (FJ 1).

Vs. Italia de 1991 y otros<sup>1784</sup>. Estos casos del TEDH y su razonamiento, ha sido asumido de manera expresa por la Corte IDH en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua de 1997<sup>1785</sup>; en otros casos la necesidad de un estudio global del procedimiento o de la duración total del mismo, también ha sido analizada por la Corte IDH, tal en otros fallos de 1997, 2006, 2008, pero sin remitirse de manera expresa a la jurisprudencia del TEDH<sup>1786</sup>.

En países de la región andina como en Colombia, la Corte Constitucional el 2004 se pronunció sobre el análisis global del procedimiento, como parte de los parámetros fijados por el Tribunal Europeo, asumidos por la Corte IDH, pero no se precisa la sentencia del TEDH ni de la Corte IDH<sup>1787</sup>; situación que igualmente se reconoce en otro caso del 2005, en el que al referirse a la posibilidad de un análisis global del procedimiento (utilizado de manera alternativa a otros criterios), se menciona expresamente tanto Sentencias de la Corte IDH (casos Genie Lacayo Vs. Nicaragua y Suárez Rosero Vs. Ecuador) como del TEDH (Caso Motta Vs. Italia de 1991 o el Caso Vernillo Vs. Francia de 1991)<sup>1788</sup>.

El Tribunal Constitucional del Perú, el 2005 ha aplicado el análisis global del procedimiento, haciendo referencia expresa a fallos de la Corte IDH (Caso Genie Lacayo Vs Nicaragua)<sup>1789</sup>; asimismo, en otro caso del 2009, señaló que la doctrina del análisis global del procedimiento o la doctrina del no plazo, se mide caso por caso, en función al análisis global del proceso penal que permite evaluar la razonabilidad del plazo, asumiendo de manera expresa fallos de la Corte IDH (Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Caso Bayarri Vs. Argentina), como del TEDH (Caso Motta Vs. Italia y otros)<sup>1790</sup>.

A partir de la doctrina del análisis global del proceso, el tiempo total del procedimiento se aprecia considerando los extremos dentro de los cuales transcurre el plazo razonable, fijándose el momento de inicio o de comienzo del

---

<sup>1784</sup> Sentencia de 19 de febrero de 1991, párr. 24; apreciación reiterada en el Caso Vernillo Vs. Francia en Sentencia de 20 de febrero 1991, que tuvo su base en el Caso Unión Alimentaria Vs. España en Sentencia de 07 de julio 1989.

<sup>1785</sup> Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 81.

<sup>1786</sup> Tal en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador en Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 71 y 73; Caso López Álvarez Vs. Honduras en Sentencia de 01 de febrero de 2006, párr. 130 y 136; Caso Bayarri Vs. Argentina en 30 octubre de 2008, párr. 105, 106 y 107; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia en Sentencia de 27 noviembre de 2008, párr. 154; entre muchas otras.

<sup>1787</sup> Sentencia T-1249/04, punto. 6.

<sup>1788</sup> Sentencia C-1154/05, punto 2.6.4.

<sup>1789</sup> Exp. 05291-2005-PHC/TC, punto 17.

<sup>1790</sup> Exp. 05350-2009-PHC/TC, puntos 8 y 32.

proceso, denominado como *dies a quo*, así como el otro momento de finalización del proceso o los *dies ad quem*.

El período para determinar la razonabilidad del plazo, a partir de un análisis global del procedimiento, varía según la materia que se trate y las circunstancias especiales del caso; así tratándose de materia penal, el TEDH en 1968, al igual que en 1982, ya consideró que el plazo razonable comienza a computarse (*dies a quo*) en el momento en el que las sospechas que recaen sobre el interesado tienen importantes repercusiones sobre su situación<sup>1791</sup>, tal el arresto, la inculpación, la apertura de una investigación como se señaló en 1982<sup>1792</sup>, en consecuencia, es relevante fijar el momento en el que una persona es privada de libertad, a partir de ahí empieza a computarse el plazo del proceso, para determinar si fue o no razonable.

La jurisprudencia internacional europea, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional Español, que en 1988 de manera expresa asimiló la jurisprudencia del TEDH cuando señaló que existen: “otras medidas que ... entrañen, también repercusiones importantes sobre la situación del acusado ... el momento inicial de cómputo ha de hacerse coincidir con la fecha en que ... tuvo conocimiento de ella (extradición) a través de su puesta en prisión preventiva (haciendo mención a las Sentencias de 1982 Ecker y Corigliano)”<sup>1793</sup>, es decir que el momento inicial del cómputo para determinar un plazo razonable, parte de situaciones importantes de la vida de una persona, que se da cuando el mismo es puesto en prisión preventiva o es privado de su libertad.

En cuanto a los *dies a quo*, tratándose de un proceso penal y de una persona privada de libertad, la Corte IDH, también asumió la jurisprudencia del TEDH, pero sin señalarla de manera expresa, pues en diversos casos de 1997, 2006, 2008 consideró que el primer acto del procedimiento constituye la aprehensión de la persona<sup>1794</sup>; ese razonamiento también ha sido acogidos por tribunales estatales americanos, como es el Tribunal Constitucional del Perú que en 2009 de manera expresa asume el razonamiento de la Corte IDH (que viene

---

<sup>1791</sup> Caso Neumeister Vs. Austria, Sentencia de 27 de junio de 1968.

<sup>1792</sup> Caso Corigliano Vs. Italia, Sentencia de 10 de diciembre de 1982.

<sup>1793</sup> STC 133/1988, de 04 de julio.

<sup>1794</sup> Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 70; Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 169; Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 01 de febrero de 2006, párr. 130; Caso Bayarri Vs. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 106.

del TEDH), cuando considera que el: “*dies a quo* del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, precisó que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal”<sup>1795</sup>.

El TEDH, también entendió que en materia penal, cuando no existe aprehendido, el cómputo del plazo puede computarse a partir del momento en el que empieza el proceso ante el tribunal competente para conocer la acusación, como se señaló en 1968<sup>1796</sup>, o lo que es lo mismo, se computa el momento inicial a partir de la notificación de la acusación formal de una persona, aunque es posible fijar otra fecha atendiendo a circunstancias especiales del caso, que entrañen repercusiones sobre la situación del acusado, como se entiende de lo expresado en 1982<sup>1797</sup>; esos razonamientos, han sido asumidos expresamente por tribunales estatales, como es el Tribunal Constitucional de España en 1994<sup>1798</sup> y el Tribunal Constitucional del Perú<sup>1799</sup>.

El cómputo a partir de la notificación de la acusación formal, ha sido indirectamente acogido por la Corte IDH, cuando en 1997 consideró que el inicio del plazo se dio a partir del auto de apertura del proceso<sup>1800</sup>, resolución judicial que se emite una vez que una persona ya ha sido formalmente acusada; aunque el mismo tribunal internacional, también se fue flexibilizando, abriéndose la posibilidad del cómputo a partir de otras circunstancias especiales anteriores, tales: la presentación de la demanda, como se indicó en 2002<sup>1801</sup>; desde el momento en el que la autoridad jurisdiccional toma conocimiento del caso, 2004<sup>1802</sup>; el primer acto de procedimiento en contra del responsable, 2008<sup>1803</sup>; último razonamiento asimilado implícitamente por el Tribunal Constitucional del Perú en 2009<sup>1804</sup>.

---

<sup>1795</sup> Exp N° 05350-2009-PHC/TC, punto 14.

<sup>1796</sup> Caso Wemhoff Vs. Alemania, Sentencia de 17 de junio de 1968; Caso Neumeister Vs. Austria, Sentencia de 27 de junio de 1968.

<sup>1797</sup> Casos Eckle Vs. Alemania, Sentencia de fecha 15 de julio de 1982.

<sup>1798</sup> STC 13/1994 de 17 de enero.

<sup>1799</sup> Exp N° 05350-2009-PHC/TC, punto 16.

<sup>1800</sup> Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 81.

<sup>1801</sup> Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 57.

<sup>1802</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 168.

<sup>1803</sup> Caso Bayarri Vs. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 105.

<sup>1804</sup> Exp N° 05350-2009-PHC/TC, punto 19.b.

Tratándose de manera civil, el TEDH considera que los *dies a quo* se computan a partir del momento en que se acude al órgano judicial<sup>1805</sup>; en materia administrativa el plazo se computa a partir de iniciarse los correspondientes recursos en esa vía<sup>1806</sup>. Estos razonamientos, de manera implícita han sido asimilados por el Tribunal Constitucional de España, que señala que en el resto de los procesos (que no sean penales), el *dies a quo* es aquel momento en el que se acude ante el órgano judicial, o la fecha en la que se admite la demanda<sup>1807</sup>.

Con relación a los *dies ad quem* y con referencia a todas las materias (penal, civil, administrativa, etc.), el TEDH entendió que el proceso termina cuando se emite sentencia definitiva, agotándose la jurisdicción<sup>1808</sup>, pero también el proceso termina cuando la autoridad competente archiva las actuaciones, se retire la acusación, etc.<sup>1809</sup>. Ese razonamiento ha sido asumido por el Tribunal Constitucional de España, cuando se consideró que el *dies ad quem* se fija cuando se dicta o se debería haber dictado resolución<sup>1810</sup>.

La Corte IDH, tampoco ha estado ajena de ese razonamiento, pues asumiendo expresamente el razonamiento del TEDH, consideró que la sentencia definitiva agota la jurisdicción o que la fecha de conclusión del proceso se dio cuando se dicto sentencia condenatoria<sup>1811</sup>; en otros casos, la recepción es implícita<sup>1812</sup>. Pero además la Corte IDH, consideró que el plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse, a efecto en el Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia consideró que: “La razonabilidad ... se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva”<sup>1813</sup>. Asumiendo de manera expresa la jurisprudencia, tanto del TEDH (Caso Arret Guincho), como de la Corte IDH (Suárez Rosero, Valle Jaramillo), el Tribunal Constitucional del Perú considera que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: “se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del

---

<sup>1805</sup> Caso Pretto, Sentencia de 08 de diciembre de 1983.

<sup>1806</sup> Caso Golder Vs. Reino Unido, Sentencia de 21 de febrero de 1975.

<sup>1807</sup> STC 81/1989, 69/1994.

<sup>1808</sup> Caso Arret Guincho Vs. Portugal, Sentencia de 10 de julio de 1984.

<sup>1809</sup> Caso Ringeisen Vs. Austria, Sentencia de 16 de julio de 1971.

<sup>1810</sup> STC 159/1984, STC 72/1992.

<sup>1811</sup> Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 71.

<sup>1812</sup> Casos Genie Lacayo, López Álvarez, Bayarri, etc.

<sup>1813</sup> Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 154.

procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.”<sup>1814</sup>.

La razonabilidad del plazo, también se aprecia por las circunstancias particulares del caso, habiéndose desarrollado el TEDH tres criterios importantes: **a)** la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse a un cuidado en las circunstancias concretas; **b)** la conducta procesal del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso y; **c)** la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso<sup>1815</sup>; estos serían los criterios que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que a partir de 1968, 1983, 1971, etc. ayudarían a determinar la razonabilidad del plazo<sup>1816</sup>.

Tribunales estatales, también han asumido el razonamiento del TEDH, tal el Tribunal Constitucional Español, que considera que el plazo razonable debe apreciarse según las circunstancias del caso (complejidad, comportamiento del recurrente y la forma en la que se ha llevado por las autoridades), así se reconoció expresamente en 1984<sup>1817</sup> e implícitamente en muchos otros casos de 1988, 1989, 1991 y otros<sup>1818</sup>.

La Corte IDH, también asumió de manera expresa el razonamiento del TEDH en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua de 1997<sup>1819</sup>, interpretación que en otros asuntos resueltos por dicho tribunal interamericano, ha sido reconocido pero en forma indirecta<sup>1820</sup>. Dicha Corte IDH no se limitó a seguir únicamente los tres criterios desarrollados por el TEDH, sino que profundizándose el diálogo entre tribunales, en 2008 amplió el razonamiento a otra posibilidad más, en cuanto: “se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en

---

<sup>1814</sup> Exp N° 05350-2009-PHC/TC, punto 19.a.

<sup>1815</sup> Casos Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30; transcritos en el Caso Genie Lacayo, párr. 77

<sup>1816</sup> Este desarrollo se ha dado en muchos casos: Caso Neumeister Vs. Austria, Sentencia de 27 de junio de 1968; Caso Zimmermann y Steiner Vs. Suiza, Sentencia de 13 de julio de 1983; Caso Ringeisen Vs. Austria, Sentencia de 16 de julio de 1971; Caso Kóning Sentencia de 28 de julio de 1978; Caso Motta Vs. Italia, Sentencia de 19 de febrero de 1991; Caso Ruiz Mateos Vs. España, Sentencia de 23 de julio de 1993.

<sup>1817</sup> STC 24/1981.

<sup>1818</sup> STC 223/1988, 81/1989, 85/1990, 10/1991.

<sup>1819</sup> Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77, refiriéndose a los Casos Motta Vs. Italia y el Caso Ruiz Mateos Vs. España.

<sup>1820</sup> Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 07 de junio de 2003; Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003; Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003; entre otros

la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia”<sup>1821</sup>; cuarto criterio o elemento referido a la afectación generada a la persona involucrada, que vino a sumar los tres anteriores relativos a la complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades, como se reconoció ya de manera expresa en otro caso del 2009<sup>1822</sup>.

En el caso boliviano, el Tribunal Constitucional, el año 2004, asumió los tres criterios desarrollados por el TEDH, efectuando una referencia general a dicho tribunal (no específica), además de realizar una referencia expresa a la STC 313/1993<sup>1823</sup>; al igual que lo señalado en otro caso del 2010, en el que también se efectúa una remisión general al TEDH, pero específica al caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua de 1997 resuelto por la Corte IDH<sup>1824</sup>, sin considerar que a esas alturas, dicha Corte IDH ya había ampliado el razonamiento el 2009 a un criterio más, ni remotamente considerado por el TCB.

La Corte Constitucional de Colombia, los años 2004 y 2005 sin realizar ninguna referencia a la jurisprudencia del TEDH ni de la Corte IDH, mencionan la existencia de los cuatro criterios que ayudan a determinar la razonabilidad del caso (complejidad del asunto, etc.)<sup>1825</sup>; el 2007 la referencia es mucho más precisa, pues de manera expresa se asumen estos cuatro criterios, que inicialmente tres de ellos se recogieron en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua<sup>1826</sup>.

Entre los órganos colegiados estatales de la región americana, que mejor desarrolló el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, es el Tribunal Constitucional del Perú, órgano que el año 2005, asumió de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH (Genie Lacayo, Suárez Rosero) en cuanto a la existencia de tres criterios (complejidad, etc.)<sup>1827</sup>. Posteriormente, el 2009 reconoció los cuatro criterios y profundizó el análisis, al dar contenido y alcance a cada uno de ellos, produciéndose un importante diálogo entre tribunales internacionales y estatales. Con relación al primer criterio (complejidad del

<sup>1821</sup> Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 155.

<sup>1822</sup> Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, parr. 112.

<sup>1823</sup> SC N° 0101/2004.

<sup>1824</sup> SC 1066/2010.

<sup>1825</sup> Sentencia T-1249/04, Sentencia C-1154/05.

<sup>1826</sup> Sentencia T-1025/07.

<sup>1827</sup> Exp. 5291-2005-PHC/TC.

asunto), se señaló cuatro circunstancias que reflejan el mismo, referidos a hechos, prueba, pluralidad de agraviados, etc.; el segundo criterio (conducta procesal del imputado), se precisó la necesidad de demostrarse la conducta obstruccionista o dilatoria o el uso abusivo de instrumentos legales; el tercer criterio (conducta de las autoridades judiciales), se desglosa los campos que abarca, tal la insuficiencia de tribunales, la complejidad del régimen procesal y otros; finalmente en cuanto cuarto criterio (afectación que genera la situación), se expresó que el paso del tiempo influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante<sup>1828</sup>.

Resulta clara la secuencia cronológica de los criterios pertinentes para determinar la razonabilidad del plazo, establecidos en principio por el TEDH en 1968, 1983 y otros, expresa o implícitamente acogidos por: el TC Español en 1984, 1988 y otros, asimilados por la Corte IDH 1997 y otros, razonamientos del TEDH, del TCE y de la Corte IDH reconocido por los Tribunales estatales de Bolivia (2004, 2010), Colombia (2004, 2005) y Perú (2005, 2009), último tribunal que profundizó su análisis.

### V.3.2 Derecho a un juez natural

El CEDH, en su art. 6.1, como parte de un proceso equitativo, regula el derecho que tiene toda persona, de ser oída por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación; en la misma línea el art. 8.1 de la CADH señala que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho a un juez natural, debe satisfacer una de sus exigencias, cual es que la autoridad jurisdiccional sea **competente**, que resulta ser un elemento funcional, pues un Tribunal debe ser competente para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, es que: “un poder de decisión es inherente a la

---

<sup>1828</sup> Exp. 5350-2009-PHC/TC.



verdadera noción de Tribunal dentro del significado del Convenio”, como en 1985 entendió el TEDH<sup>1829</sup>, asimismo ese Tribunal en 1985 consideró que: “un Tribunal se caracteriza en el sentido sustantivo del término por su función judicial, es decir, por resolver asuntos dentro de su competencia sobre la base de reglas jurídicas y conforme a procedimientos conducidos de manera preestablecida”<sup>1830</sup>.

La Corte IDH, en 1999 considera que: “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”<sup>1831</sup>; la interpretación realizada por la Corte IDH, no es precisamente la más afortunada, al considerar la independencia, como un principio básico del derecho a ser juzgado con arreglos a procedimientos establecidos, cuando precisamente los procedimientos y normas legales, son los que determinan la competencia del juzgador y no la independencia, como correctamente y en la misma línea, se reconoció previamente, por el TEDH.

El derecho a ser juzgado por un juez natural, cuya competencia sea establecida con anterioridad por la ley, implica la constitución de un órgano jurisdiccional legal, que se expresa en: “El derecho a ser juzgado por un tribunal cuya composición (y competencia) obedezca a la ley” y no solo a la voluntad de los interesados, como entendió el TEDH en 1992<sup>1832</sup>; en consecuencia, primero es la ley la que establece la competencia de una autoridad, que sobre esa base juzga, asegurándose que los procesos sean resueltos por autoridades con potestad jurisdiccional y competencia, no por jueces o tribunales *ad-hoc*, creados para resolver un caso, donde habrá vulneración al derecho al juez natural, como entendió el TEDH el 2002, cuando señaló que: “un órgano que no haya sido establecido conforme a la voluntad del legislador (tribunal *ad-hoc*) está necesariamente desprovisto de legitimidad ... para resolver conflictos entre particulares”<sup>1833</sup>, por carecer de competencia legal.

Es que solo cuando existe un juez o tribunal: “‘establecido por la ley’ concierne a la ‘previsibilidad’, según la ley”<sup>1834</sup>, se está frente a una autoridad jurisdiccional, que de acuerdo a las reglas de procedimiento, es competente para

---

<sup>1829</sup> Caso Benthem Vs. Holanda, Sentencia de 23 de octubre de 1985.

<sup>1830</sup> Caso Belilos Vs. Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

<sup>1831</sup> Caso Castrillo Petruzzi Vs. Ecuador. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 129.

<sup>1832</sup> Caso Pfeifer y Plankl Vs. Austria, Sentencia de 25 de febrero de 1992, párr. 38.

<sup>1833</sup> Caso Lavents Vs. Letonia, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

<sup>1834</sup> Javier García de la Roca y José Miguel Vidal Zapatero: “El derecho...”, op. cit, p. 370.

examinar y resolver un caso, por no ser parte de un tribunal especial o *ad hoc*; en ese sentido, se pronunció la Corte IDH, en innumerables casos, cuando señaló que: la finalidad de un juzgamiento por un tribunal competente, establecido por ley anterior, es evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales o *ad-hoc*; también se expresó que se vulnera el derecho a ser oído por juez o tribunal establecidos con anterioridad por la ley, cuando se designa a uno que es *ad-hoc* para el caso *sub judice*<sup>1835</sup>.

Tribunales estatales como la Corte Constitucional de Colombia el 2006, asumió de manera expresa el razonamiento que se dio por la Corte IDH (haciéndose mención al caso Tribunal Constitucional Vs. Perú), considerando que la esencialidad del derecho al juez natural competente, radica en que no se establezcan jueces o tribunales *ad-hoc*<sup>1836</sup>. A su vez, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en ese mismo sentido, realiza interpretaciones sobre el alcance del juez competente, que es el llamado a resolver controversias de acuerdos a reglas establecidas por ley, efectuando referencias genéricas a fallos de la Corte IDH<sup>1837</sup>, en algunos casos la menciones son específicas (Tribunal Constitucional Vs. Perú)<sup>1838</sup> y, en otros casos las remisiones son a otras sentencias del TC, que a su vez hacen referencia específica a fallos interamericanos<sup>1839</sup>.

Asimismo refiriéndose al fuero especial militar la Corte IDH, considera que es uno *ad-hoc* o incompatible con el derecho a un juez competente, no pudiendo un civil ser juzgado por tribunales militares, siendo esa jurisdicción de alcance restrictivo solo a la jurisdicción militar<sup>1840</sup>. Esa jurisprudencia, ha sido asumida por los Tribunales estatales, tal el Tribunal Constitucional del Perú que el 2002, en uno de los fallos que resolvió se remitió de manera específica al caso de la Corte IDH conocido como Tribunal Constitución Vs. Perú<sup>1841</sup>; en otro caso, también de manera específica hizo mención al razonamiento del tribunal internacional, dado

<sup>1835</sup> Caso Castillo Petrucci Vs. Perú de 1999, Caso Cesti Hurtado Vs. Perú de 1999, Caso Ivcher Bronsein Vs. Perú de 2001, Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela de 2008, entre muchos otros.

<sup>1836</sup> Sentencia T-058/2006, punto 4.1.

<sup>1837</sup> SS.CC. Nos. 1364/2002-R, 004/2003, 0093/2005-R, 0060/2005-RDI, 1581/2005-R.

<sup>1838</sup> SC 0491/2003-R

<sup>1839</sup> SC 1148/2003-R, 1730/2003-R, 0009/2004, 0664/2004-R, 0430/2005-R, 0731/2005-R.

<sup>1840</sup> Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua de 1997, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú de 1997, Caso Castillo Petrucci Vs. Perú de 1999, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú de 2000, Caso Durand Ugarte Vs. Perú de 2000, Caso Palmeras Vs. Colombia de 2001, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia de 2004, Caso Lori Bereson Mejía Vs. Perú de 2005, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005.

<sup>1841</sup> Exp. 0217-2002-HC/TC.

en el Caso Castillo Petruzzi y en el Caso Cantoral Benavides<sup>1842</sup>. El Tribunal Constitucional de Bolivia, en fallos del 2004, se remitió a un Caso de la Corte IDH, pero realizando una cita equivocada<sup>1843</sup>, en otro caso la referencia fue simplemente genérica<sup>1844</sup>, pero en ambos casos queda claro que la jurisdicción militar no está para juzgar delitos comunes de los militares, que deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria.

Vinculado al fuero especial militar, está la existencia de jueces sin rostro conocido, que eran jueces militares, cuya identidad se desconocía y que juzgaban a particulares, casos en los que la Corte IDH ha declarado la vulneración del derecho al juez natural, porque el procesado no solo no conoce la identidad del juzgador, sino que por ende no puede valorarse la competencia (alcanzando a los elementos de imparcialidad -se desconoce la identidad del juzgador- y competencia)<sup>1845</sup>; este tipo de procesamiento y la violación que genera, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional del Perú, remitiéndose de manera específica al Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú y otros<sup>1846</sup>.

El elemento de **independencia**, del derecho al juez natural, implica la existencia de un Tribunal, que: “Debe también satisfacer una serie de requerimientos (como es la) independencia, en particular del poder ejecutivo”, como en 1988 entendió el TEDH<sup>1847</sup>, en consecuencia la independencia implica la existencia de un órgano que imparte jurisdicción, pero que está ajeno a presiones concretas; por eso se entiende por independencia: “la imposibilidad jurídica de dirigir instrucciones o recomendaciones a los miembros de un órgano judicial (u otro órgano que ejerza jurisdicción) en relación con su actividad jurisdiccional”<sup>1848</sup>, reforzándose la dependencia de la ley y la independencia del juzgador.

De manera general, la facultad jurisdiccional debe ejercerse con independencia y no es una atribución exclusiva de las autoridades del órgano judicial, sino que alcanza a la actividad jurisdiccional que pueden realizar otras autoridades del Estado, que tienen funciones legislativas o administrativas; en tales casos, cuando un órgano colegiado tenga otras funciones -además

<sup>1842</sup> Exp. 010-2002-AI/TC.

<sup>1843</sup> SC 0663/2004-R, se remitió a un Caso de la Corte IDH, sin precisar exactamente cual, deduciéndose que se trata del Caso Durand y Ugarte Vs. Perú.

<sup>1844</sup> SC 0664/2004-R.

<sup>1845</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

<sup>1846</sup> Exp. 010-2002-AI/TC y 0516-2003-HC/TC.

<sup>1847</sup> Caso Belilos Vs. Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

<sup>1848</sup> Javier García Roca y José Miguel Vidal Zapatero: “El derecho ...”, op. cit., p. 373.

administrativas-, no le impide ser un Tribunal cuando ejerza su función judicial, como reconoció expresamente el TEDH en 1984<sup>1849</sup>, esta posición del Tribunal Europeo: “supone renunciar exigir a los Estados firmantes una exclusividad judicial que, sin embargo, se desprende naturalmente de un entendimiento moderno de las reglas de la división de poderes”<sup>1850</sup>. Realizando una remisión expresa y específica al razonamiento del TEDH, la Corte IDH el 2001, en la misma línea consideró que de conformidad al principio de separación de poderes o distribución de funciones, cualquier autoridad pública -sea administrativa, legislativa o judicial- puede ejercer -con independencia- función jurisdiccional<sup>1851</sup>, es que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, tiene la obligación de garantizar el derecho al juez natural independiente.

Asimismo y de manera especial, tratándose de autoridades judiciales jurisdiccionales, deben ejercer sus funciones con independencia, ajenos a presiones que puedan provenir de otros órganos de poder; como entendió el TEDH cuando considera que el Estado debe cumplir con la separación de poderes, mirando a los límites de interacción de poderes, debiéndose dar una separación entre los órganos políticos de gobierno y los judiciales<sup>1852</sup>, es que la independencia: “no es un privilegio personal del juez es, sobre todo, una independencia funcional dentro del proceso, y actúa frente a otros órganos judiciales y frente a los demás poderes”<sup>1853</sup>, pues: “un Estado en donde los jueces sufran coacción de los gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de Derecho”<sup>1854</sup>, perdiendo la administración de justicia una de sus mayores garantías, que es la independencia.

El principio de separación de funciones e independencia, resulta ser incompatible con los principios de jerarquía y obediencia que se da en el ámbito jurisdiccional militar, como reconoció la Corte IDH cuando considera que las

---

<sup>1849</sup> Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984.

<sup>1850</sup> Javier García de la Roca y José Miguel Vidal Zapatero: “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia”. *La Europa de los derechos ...*, op. cit., p. 367.

<sup>1851</sup> Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 71.

<sup>1852</sup> Caso Stafford Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 2002; Caso Sacilor Lorminess Vs. Francia, Sentencia de 09 de noviembre de 2006.

<sup>1853</sup> Como señala Juan Fernando López Aguilar, citado por Javier García Roca y José Miguel Vidal Zapatero: “El derecho ...”, op. cit., p. 367.

<sup>1854</sup> Hernando Devis Echandía: *Teoría general ...*, op. cit., p. 129.

autoridades de la estructura militar, no tienen la independencia necesaria para actuar<sup>1855</sup>; razonamientos que de manera general han sido asumidos por el Tribunal Constitucional del Perú<sup>1856</sup>. Asimismo, el juzgamiento que realizan las autoridades políticas -como es el legislativo-, a las autoridades judiciales (juicio político), no garantiza la independencia del juzgador, así reconoció la Corte IDH<sup>1857</sup>.

En cuanto a los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador, el TEDH en 1984, estableció los criterios necesarios para asegurar la independencia, están referidos al tipo de nombramiento y duración del mandato, la existencia de garantía contra presiones externas (inamovilidad) y si el órgano presenta una apariencia de independencia<sup>1858</sup>; ese razonamiento ha sido asumido de manera expresa por la Corte IDH el 2001 cuando considera que: “la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”<sup>1859</sup>, aunque ya no hace mención al último mecanismo, relativo a determinar si el órgano presenta o no una apariencia de independencia.

El primer mecanismo referido al nombramiento de autoridades jurisdiccionales judiciales, de manera general se realiza por el órgano legislativo, forma de designación que ha creado cierta susceptibilidad, que ha motivado cambios hasta realizarse por elección popular, lo que ha provocado el riesgo de la politización; en todo caso, sea cual fuere la forma de designación, es necesario demostrar que la forma de nombramiento es: “insatisfactoria como un todo ... (o que) al menos el establecimiento de un Tribunal concreto fue influenciado por motivos impropios”<sup>1860</sup>.

El TEDH en 1998 ya consideró que el nombramiento de Presidentes de ciertos órganos administrativos con potestad sancionadora se hacía bajo el control del Gobierno<sup>1861</sup>, en cuyo caso, mal puede un nombramiento de ese tipo asegurar la independencia de un juzgador, circunstancia en la que la persona sancionada deberá acudir ante un tribunal que ofrezca verdadera garantía de

---

<sup>1855</sup> Caso Castillo Petrozzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 161; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Sentencia de 25 de septiembre de 2004, párr. 193.

<sup>1856</sup> Exp. 0023-2003-AI/TC y Exp. 0004-20065-PI/TC-

<sup>1857</sup> Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 67.

<sup>1858</sup> Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984.

<sup>1859</sup> Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75.

<sup>1860</sup> Zand Vs. Austria, Informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978.

<sup>1861</sup> Caso Kudabec Vs. Eslovaquia, Sentencia de 02 de septiembre de 1998.

independencia e imparcialidad. La Corte IDH, asumiendo específicamente razonamientos del TEDH, ratificó su posición en sentido de que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento<sup>1862</sup>.

Otro de los mecanismos que aseguran la independencia, es el referido a que el órgano que va a juzgar, presente una apariencia de independencia, pues caso contrario se viola el derecho al juez natural independiente; este criterio ha sido reconocido expresamente por el TEDH, pero asumido por la Corte IDH de manera implícita en una serie de casos que se han dado vinculados al juzgamiento que realizan las autoridades militares.

Ya el TEDH en 1988 entendió que los miembros de un tribunal que tienen una relación significativa con alguna de las partes, plantean dudas sobre su independencia e imparcialidad<sup>1863</sup>, como se da tratándose de tribunales penales militares, que generan desconfianza en la víctima por la forma de designación de los miembros del tribunal marcial, que muchas veces son inferiores de rango con relación al que juzgan y caen dentro de una cadena de mando<sup>1864</sup>. Sin así decirlo, la Corte IDH asume la misma posición que el TEDH en diversos casos<sup>1865</sup>, razonamiento que también ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional del Perú, que si tiene referencias específicas a la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>1866</sup>.

Entre los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador, además del nombramiento y de la apariencia de independencia -a las que se acaba de hacer referencia-, esta la duración del mandato y la existencia de garantías contra presiones externas (inamovilidad), como reconoció el TEDH<sup>1867</sup>; las últimas referidas al hecho de que cuando una autoridad jurisdiccional ha sido adecuadamente nombrada, no debe ser removida de su cargo durante todo su mandato -salvo que existan causas legalmente previstas-, debiendo estar asegurada su inamovilidad, como garantía de su independencia o contra presiones externas.

---

<sup>1862</sup> En el referido Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 ya citado.

<sup>1863</sup> Caso Belilo Vs. Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

<sup>1864</sup> Caso Finlay Vs. Reino Unido, Sentencia de 25 de febrero de 1997.

<sup>1865</sup> Caso Castillo Petrucci Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 130; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 155.

<sup>1866</sup> Exp. 0023-2003-AI/TC, Exp. 0004-2006-PI/TC.

<sup>1867</sup> Mecanismos señalados por el TEDH, en el indicado caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido de 1984.

La inseparabilidad de un miembro de un tribunal, durante el tiempo de su mandato, no precisa un “reconocimiento jurídico formal”, como entendió el TEDH en 1984, cuando además considero suficiente que fuera “reconocida de hecho y que las otras garantías estuvieran presentes”<sup>1868</sup>. Así se tiene que las autoridades jurisdiccionales de carrera, gozan de inamovilidad durante todo el tiempo de su mandato, como reconoció la Comisión IDH en 1997<sup>1869</sup>, salvo que sean destituidos de su cargo, mediando el ejercicio del derecho a la defensa, dentro de un debido proceso, como se entiende de señalado por la Corte IDH el 2001<sup>1870</sup>; tribunales estatales como el de Perú, entiende que la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato, refuerzan la independencia judicial, inamovilidad que tiene un doble alcance, por un lado prohibición de separación de la carrera judicial y por otro prohibición de traslados forzosos<sup>1871</sup>, produciéndose un diálogo entre tribunales estatales e internacionales, mejorándose la redacción y la protección, al fijarse otro parámetro de inamovilidad cual es la prohibición de traslados.

Finalmente, el elemento **imparcialidad** del juez natural, garantiza la existencia de una justicia imparcial, por ello: “La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar: un Juez parcial no es un verdadero Juez”<sup>1872</sup>.

Ha sido el TEDH quién en 1982 en el Caso Piersack ha configurado, el derecho a un juez imparcial, partiendo del reconocimiento de que la imparcialidad se define por la ausencia de prejuicios o parcialidades, contando con dos dimensiones, pudiéndose así distinguir entre: “un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto (que debía ser presumida mientras no se demuestre lo contrario), y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”<sup>1873</sup>. En esa virtud se tiene que por esa doble dimensión, la imparcialidad puede apreciarse de modo subjetivo, apreciación que es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual, como es un determinado prejuicio del juzgador respecto al caso; en cambio la otra dimensión objetiva, tiene más posibilidades de ser probada, porque

---

<sup>1868</sup> Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984.

<sup>1869</sup> Informe N° 30/97 de 30 de septiembre.

<sup>1870</sup> Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 74.

<sup>1871</sup> Exp. 00233-2003-AI/TC, punto 5.35.2.

<sup>1872</sup> Ignacio de Otto: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 23.

<sup>1873</sup> Caso Piersack Vs. Bélgica, Sentencia de 1ro. de octubre de 1982.

puede apreciarse la imparcialidad, prescindiendo de la subjetividad del juez para el caso concreto<sup>1874</sup>.

Esta doctrina se va consolidando en 1984 en el Caso De Cubber, cuando el TEDH, reitera la doble dimensión de la imparcialidad, concluyendo que se ha lesionado la imparcialidad objetiva, comprendiéndose que: “un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado durante la instrucción preparatoria”<sup>1875</sup>; hay que recordar que la instrucción en el proceso penal belga, es una de tipo inquisitivo, de ahí que el ejercicio sucesivo de las funciones de instrucción y enjuiciamiento por un mismo juez, contamina su imparcialidad, al poderse formar prejuicios del acusado cuando se celebra el juicio, sobre la base de la culpabilidad del imputado durante la fase de la instrucción.

En el contexto europeo, el Tribunal Constitucional de España, asumió de manera expresa y específica, la doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad, cuando emitió la STC 145/1988, de 12 de julio, en la que basándose en la jurisprudencia de los casos Piersack y De Cubber, se ha declarado inconstitucional el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que consideraba que el juez que instruía podía también resolver, por ser contraria al derecho al juez imparcial. Asimismo, en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, se asumió específicamente la doble dimensión desarrollada por el TEDH, cuando consideró que:

“El método de apreciación de estas exigencias empleado por el T.E.D.H., cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del T.E.D.H. dictadas en los casos Piersack (§ 30) y De Cubber (§ 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, § 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en

---

<sup>1874</sup> Como señala Ortells Ramos, citado por Alexandre Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit., p. 396.

<sup>1875</sup> Caso Cubber Vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.



el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan.”. Así se señaló en el FJ 5 de dicha STC, al igual que lo expresado en STC 136/1999 de 20 de julio.

Posteriormente, siguiendo la doble dimensión de la imparcialidad, el Tribunal Constitucional Español va sentando significativas diferencias, cuando considera que la vertiente subjetiva de la imparcialidad atiende a las relaciones del juez con las partes en litigio y la vertiente objetiva con el *thema decidendi*, tal lo expresado en STC 85/2003, de 08 de mayo, igual que en STC 52/2001, de 26 de febrero. Es decir que mientras en el TEDH la imparcialidad subjetiva se sitúa en lo que piensa el juez o su fuero interno, en la doctrina que va creando el TC la imparcialidad afecta a las sospechas que puede existir en las relaciones del juez con las partes; a su vez, la imparcialidad objetiva del TEDH valora que el juez ofrezca o no las garantías para excluir toda duda legítima, en la doctrina del TC la imparcialidad afecta a la relación del juez con el objeto del proceso. De ahí se manifestó que: “puede que la matización efectuada por el Tribunal Constitucional español acaso fuera más eficaz en la práctica”<sup>1876</sup>, porque la imparcialidad deriva de la relación o de los vínculos que pueda tener el juez, sea con las partes o con el objeto del proceso.

La doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad que partió del TEDH, tampoco ha estado ajena del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, que el 2008, asume de manera expresa y específica aquella, cuando considera que la imparcialidad se compone de dos elementos: subjetivo y objetivo, en exacto sentido de lo señalado por el TEDH<sup>1877</sup>. A su vez, tribunales estatales americanos, como es el Tribunal Constitucional del Perú, el 2003 asume la doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad, realizando una cita específica de la jurisprudencia del TEDH de 1984 (De Cubber), porque cuando se emitió dicha sentencia estatal, no existía todavía el fallo de la Corte IDH que recién se dio el 2008.

Cuando exista una duda razonable, en sentido de que el juzgador no resolverá la causa con imparcialidad (por motivos subjetivos u objetivos), se puede plantear la recusación de la autoridad judicial, que se constituye en una

---

<sup>1876</sup> Javier García de la Roca y José Miguel Vidal Zapatero: “El derecho...”, op. cit., p. 380.

<sup>1877</sup> Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 56, que asume el razonamiento de casos resueltos por el TEDH; tales: Pullar Vs. Reino Unido, sentencia de 10 de junio de 1996; Fey Vs. Austria, Sentencia de 24 de febrero de 1993; Daktaras Vs. Lituania; Piersack Vs. Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982; De Cubber Vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.

herramienta que brinda confianza a las partes, que pueden solicitar la intervención de órganos imparciales o se constituye en un instrumento que protege el derecho a ser juzgado por un juez imparcial<sup>1878</sup>. Con relación a Tribunales estatales, como el Tribunal Constitucional del Perú, considera que la recusación está destinada a cuestionar la imparcialidad, apreciación que se dio en un caso del 2002, en el que no se hace mención a la jurisprudencia de la Corte IDH, por ser posterior<sup>1879</sup>.

Finalmente, dentro de las ideas-fuerza de la interpretación del concepto de imparcialidad realizado por el TEDH, está la apariencia de un juzgador imparcial, que debe valorarse en favor de la confianza que tienen los justiciables, en los órganos de administración de justicia<sup>1880</sup>.

El TEDH en 1970, considero el adagio: “ *‘justice must not only be done, it must also be seen to be done’* (no solo debe hacerse justicia, sino advertirse que se hace), estas consideraciones permitirán albergar algunas dudas sobre la naturaleza satisfactoria o no del sistema en cuestión”<sup>1881</sup>; en ese sentido en la Sentencia Piersack de 1982, considero que la imparcialidad descansa en la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos; así como entendió en la Sentencia De Cubber de 1984, en la que también se expresó que: “debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad ... esto se deriva de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”.

Aplicando esos criterios se establece la desconfianza que tienen el acusado como el demandante, con relación a la independencia e imparcialidad de un tribunal penal militar, que tiene un papel de acusación, pero al mismo tiempo designa a los miembros de una corte marcial, que son inferiores en rango y caen dentro de una cadena de mando; en ese sentido se analizó en muchos casos en el TEDH<sup>1882</sup>.

Dichas interpretaciones, han sido asumidas de manera genérica por la Corte IDH en diversos casos, en los que consideró que miembros de tribunales militares, generan desconfianza o no satisfacen los requerimientos de

---

<sup>1878</sup> Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 63 y 64.

<sup>1879</sup> Exp. N° 010-2002-AI/TC.

<sup>1880</sup> Como entiende Rafael Jimenez Asensio, citado por Javier García Roca y José Miguel Díaz Zapatero: “El derecho...”, op. cit., pp. 378 y 382.

<sup>1881</sup> Caso Delcourt Vs. Bélgica, Sentencia de 17 de enero de 1970.

<sup>1882</sup> Caso Fidlay Vs. Reino Unido, sentencia de 25 de febrero de 1997; Caso Cooper Vs. Reino Unido, sentencia de 16 de diciembre de 2003, entre otras.

independencia e imparcialidad, al ser parte y juzgar, al ser parte de fuerzas en servicio, al combatir y juzgar y otros; así se reconoció en diversos fallos de 1999, 2000, 2001 y otros<sup>1883</sup>. En la misma lógica, el TC del Perú, específicamente y expresamente asumió razonamientos de la Corte IDH, cuando considero que tribunales militares conformados por oficiales en actividad vulneran la imparcialidad<sup>1884</sup>; asimismo la Corte Constitucional de Colombia, considera que los militares no gozan de imparcialidad, asumiendo de manera genérica la jurisprudencia de la Corte IDH, pero sin precisar el caso.

### V.3.3 Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información

La CADH, en el art. 13.1. señala que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”; a su vez, el art. 10.1 de la Convención Europea reconoce que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este *derecho comprende* la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. ...”.

Ambas regulaciones genéricamente reconocen el derecho a la libertad de expresión, que de manera específica comprende la libertad de información, sin consideración de frontera alguna; esa regulación común, ha permitido interpretaciones también comunes, que se han dado en el ámbito americano, como en el europeo. Ese escenario no ha impedido la existencia de interpretaciones propias o de la Corte IDH o del TEDH (asumidas o no por tribunales estatales), que provienen de las particularidades que se han dado en dichas regulaciones, que responde a sus propias realidades.

---

<sup>1883</sup> Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 130; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Sentencia de 26 de agosto de 2000, párr. 126; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 114; Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Sentencia de 06 de diciembre de 2001, párr.53.

<sup>1884</sup> Exp. 0023-2003-AI/TC, Exp. 004-2006-PT/TC, Exp. 006-2006-PI/TC, que asumieron expresamente el razonamiento de los casos Castillo Petruzzi, Durand y Ugarte, Cantoral Benavides, Tribunal Constitucional del Perú, Lori Bereson y Plamara Iribarne y otros.

La Corte IDH, se ha referido sobre el alcance de la *dimensión de la libertad de expresión e información*, a diferencia del TEDH. Dicho tribunal internacional americano en 1985, considera que esa libertad tiene dos dimensiones por un lado comprende el derecho que tiene todo individuo de manifestar su propio pensamiento (pensamiento-expresión), por otro lado está el derecho de la colectividad de recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno (información de la expresión ajena)<sup>1885</sup>; ese razonamiento ha sido reiterado por numerosos fallos de la Corte IDH de 2001, 2004, 2006, entre muchos otros<sup>1886</sup>. En cuanto la importancia, la dimensión colectiva es igual que la individual, por lo cual son protegidas en forma simultánea, señalándose que: “La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”.<sup>1887</sup>

Tribunales estatales americanos, han asumido la doble dimensión de la libertad, así la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Bolivia, se han remitido de manera específica y expresa a fallos de la Corte IDH<sup>1888</sup>; a su vez, el Tribunal Constitucional del Perú efectúa una referencia general del razonamiento de la Corte IDH, pero no precisa de qué fallo se trataría<sup>1889</sup>.

El derecho a la *libertad de expresión*, resulta ser esencial y básico para una *sociedad democrática*, lo que ha motivado a: “todas las jurisprudencias, nacionales e internacionales ... (a considerar) que su protección coadyuva de

---

<sup>1885</sup> OC-5/85, párr. 30.

<sup>1886</sup> Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile (Caso “La Última Tentación de Cristo”), Sentencia de 05 de febrero de 2001, párrafos 64-67; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 02 de julio de 2004, párrafos 107-111; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 78-80; Caso Claude Reyes y otros c. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77; entre otros.

<sup>1887</sup> Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile; Caso de Ivcher Bronstein Vs. Perú; Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica.

<sup>1888</sup> Tratándose de Colombia, en el Punto IV.1.4. de la Sentencia T-391/07, se remite a los casos Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile; Caso de Ivcher Bronstein Vs. Perú; Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. En cambio el Tribunal Constitucional de Bolivia, analiza lo dicho en la OC-5/85 sobre “La Colegiación obligatoria de periodistas”, SS.CC. Nos. 0188/2006-R, 1481/2010-R. Todos esos razonamientos confluyen en el mismo análisis sobre la doble dimensión de la libertad de expresión.

<sup>1889</sup> Punto 12, EXP. N.º 0905-2001-AA/TC.

manera fundamental a la creación de condiciones necesarias para el fortalecimiento de la democracia y la garantía del progreso humano”<sup>1890</sup>.

El TEDH en 1976, ya consideró que: “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo”<sup>1891</sup>; ese razonamiento se constituyó en el punto de partida para afirmar que sin libertad de expresión no se puede hablar de democracia, o lo que es lo mismo pero dentro de otra óptica, sin el derecho de las personas a realizar las manifestaciones que consideren convenientes, se consolidan sistemas autoritarios, donde los administrados van perdiendo su libertad, frente al poder omnímodo de los gobernantes, afirmándose sistemas arbitrarios, por tanto sin democracia.

En consecuencia, la libertad de expresión como sostén de la democracia, es esencial por una parte por constituir un freno a la arbitrariedad de quienes gobiernan, por otra por contribuir al: “mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseando el principio de legitimidad democrática”<sup>1892</sup>, de ahí que: “es sujeto primero (de la democracia) la colectividad y cada uno de sus miembros cuyo interés es el soporte final de este derecho”<sup>1893</sup> como entendió el Tribunal Constitucional de España en 1981 y 1983; siendo amplia la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional, que se refiere a principios y valores democráticos, como al orden constitucional democrático, citando de manera específica Sentencias del TEDH<sup>1894</sup>.

Dentro del SIDH, la relación entre la libertad de expresión y la democracia, no está ajena al entendimiento de la Corte IDH que en 1985 consideró que: “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la

---

<sup>1890</sup> Rafael Bustos Gisbert: “Los derechos de ...”, op. cit., p. 594.

<sup>1891</sup> Caso Handyside Vs. Reino Unido, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 49; al igual que lo señalado en Caso de The Sunday Times Vs. Reino Unido, Sentencia de 29 de marzo de 1979, párr. 65; Caso Barthold Vs. Alemania, Sentencia de 25 de marzo de 1985, párr. 58; entre muchos otros.

<sup>1892</sup> STC 6/1981, FJ 3.

<sup>1893</sup> STC 105/1983.

<sup>1894</sup> STC 136/1999, en la que se remite al caso Sunday Times de 1979, Castells de 1992, Hauschildt de 1989, Thorgeirson de 1992, Jersild de 1994, entre muchas otras.

existencia de una sociedad democrática.”<sup>1895</sup>, aunque no realiza una referencia específica a lo señalado por el TEDH en el mismo sentido; sea como elemento fundamental o como pilar esencial, lo cierto es que sin libertad de expresión no existe democracia, porque: “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>1896</sup>.

Tribunales estatales americanos, como el de Colombia, asume el mismo criterio, cuando considera que la libertad de expresión, es: “un elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia”<sup>1897</sup>, y es: “un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa”<sup>1898</sup>; además de efectuar muchas interpretaciones, vinculadas la indicada libertad de expresión y democracia constitucional, aunque sin asumir de manera expresa, el criterio ni del TEDH ni de la Corte IDH<sup>1899</sup>, en algún caso hace referencia general a la jurisprudencia de la Corte IDH pero sin precisar el caso<sup>1900</sup>.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, de manera específica y expresa, realizó mención a la jurisprudencia de la Corte IDH, que se refiere a la libertad de expresión como piedra angular de la democracia, señalando que dicha libertad: “tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia”<sup>1901</sup>.

La *libertad de expresión*, se encuentra estrechamente unida a la libertad de opinión, ya que el medio para exteriorizar las ideas, pensamientos u opiniones es a través de la libertad de expresión que gozan los individuos; de ahí que un Estado de derecho, no puede existir válidamente si en el mismo no hay o no existe opinión pública libre, que es la que asegura la democracia, al permitir a todos expresar sus criterios personales, en todos los campos, sean políticos,

---

<sup>1895</sup> OC-5/85, párr. 70.

<sup>1896</sup> Párrafo 115, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de 2004.

<sup>1897</sup> Sentencia T-213 de 2004.

<sup>1898</sup> Sentencia C-010 de 2000; en igual sentido Sentencia C-431 de 2004.

<sup>1899</sup> Punto 29, Consideración III, Sentencia C-010/00; punto 17, Sentencia T-213/2004; punto 4.1.6., Sentencia T-679/05; punto 1.2.2., Sentencia T-391/07; punto 1.2.3., Sentencia T-391/07; punto 1.2.4., Sentencia T-391/07.

<sup>1900</sup> Punto 4.1.8., Sentencia T-679/05.

<sup>1901</sup> Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 13.

religiosos, sociales científicos, culturales, económicos, etc, tengan los mismos interés público o interés privado.

El TEDH en 1976, en el caso Handyside ya expreso que la libertad de expresión, por tanto la opinión pública, es válida no solo para recibir de manera favorable ciertas ideas, sino también para recibir las que ofenden sea al Estado o a la población: “Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”, lo que implica que la libertad de expresión no solo es: “una garantía contra las injerencias del Estado (derecho subjetivo), sino también un principio fundamental (objetivo) para la vida democrática”<sup>1902</sup>, pues en diversos campos políticos, económicos, culturales, etc. las personas deben tener libertad de expresar su opinión, siendo obligación del resto actuar con un espíritu de apertura y tolerancia en los aspectos que pueden no compartirse.

El reconocimiento de la opinión pública libre, ligada con el pluralismo, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional español, que de manera expresa y específica desde 1981 asumió la jurisprudencia del TEDH relativa al señalado caso Handyside, cuando expresó: “una institución política fundamental que es la opinión pública libre (esta) indisolublemente ligada con el pluralismo político que es ... un requisito del funcionamiento del Estado democrático”<sup>1903</sup>; es que no puede imaginarse una sociedad en la que exista una sola opinión política, al contrario, las posiciones políticas pueden ser diversas, siendo la pluralidad política un valor constitucional.

La Corte IDH en 1985, reconoció que la opinión pública (como objeto de la libertad de expresión) es una: “*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”<sup>1904</sup>; vale decir que el tribunal internacional americano, sin referirse de manera expresa al razonamiento del TEDH, asume la idea en sentido de que la opinión pública, se constituye en una institución fundamental, en la medida que da lugar a un pluralismo no solo de tipo político, sino también científico, cultural u otro., a través

---

<sup>1902</sup> Como indica Ryssdal, señalado por Alexandre Català i Bas: “*Libertad de expresión ...*”, op. cit. p. 78.

<sup>1903</sup> STC 6/81, STC 12/82, entre otras.

<sup>1904</sup> Párrafo 70; en igual sentido que lo manifestado en la Sentencia emitida en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párrafo 112.

del cual los sujetos del Estado (sean gobernantes o gobernados) pueden opinar libremente en cualquier situación (política, cultural, económica, etc.), sea de interés público o privado.

Tribunales estatales americanos, no han estado ajeno de los razonamientos, así el 2001, el Tribunal Constitucional del Perú, al referirse a la formación de la opinión pública, asumió de manera específica y expresa, el razonamiento que el 1985 dio la Corte IDH, cuando considero que la opinión es condición *sine quo non* para el pluralismo (partidos políticos, sociedades científicas, etc)<sup>1905</sup>; en el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia, que se ha referido a la libertad de expresión (opinión pública), como *conditio sine qua non* para que la democracia exista, con la diferencia de que la mención ha sido implícita, no expresa o genérica<sup>1906</sup>.

Resulta interesante la posición asumida por el Tribunal Constitucional de Bolivia el 2011, que además de referirse expresamente al razonamiento de la Corte IDH<sup>1907</sup>, también asumió específicamente la jurisprudencia del TEDH en el Caso Handyside, cuando señala que la libertad de expresión (opinión pública): “debe abarcar no sólo las ideas favorables o desfavorables, sino también las que ‘inquietan u ofenden’, porque este aspecto implica la garantía máxima del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, aspectos sin los cuales, no se puede concebir una sociedad democrática”<sup>1908</sup>.

No es posible la presencia de pluralismo en la opinión pública (libertad de expresión en diversos campos políticos, culturales, etc., a partir de la tolerancia): “sin la existencia de una pluralidad de medios de comunicación”<sup>1909</sup>, pluralismos que tienen que estar vigentes en toda sociedad democrática; o lo que es igual, la conformación plural de la opinión pública se asegura a través de la libertad de información activa, que se da en los medios de prensa o de comunicación social.

Sobre la *libertad de información* activa, el TEDH en 1979 señaló que: “le compete (a la prensa) comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones ... de las que conocen, así como las que se refieren a otros sectores de interés

---

<sup>1905</sup> Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 13.

<sup>1906</sup> Sentencia 679/05, punto 4.1.

<sup>1907</sup> OC-5/85, Ivcher Bronstein Vs. Perú.

<sup>1908</sup> SC 0215/2001-R, FJ III.3.

<sup>1909</sup> Alexandra Català i Bas: *Libertad de expresión ...*, op. cit., p. 98.



público”<sup>1910</sup>; partir de ese razonamiento se va poniendo relevancia a la actuación que van teniendo los *medios de comunicación*, habiéndose llegado a manifestar en 1995, 1999, 1984 y otros años que: “la prensa juega un papel decisivo en una sociedad democrática ... su función es difundir -de manera coherente con sus deberes y obligaciones- información e ideas en todos los temas que sean de interés público”<sup>1911</sup>.

Sin mencionarlo de manera expresa, la Corte IDH asumió ese razonamiento, aunque con su propia redacción y de acuerdo a su doctrina (dimensión social), cuando en 2004 manifestó que: “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática .... Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan”<sup>1912</sup>.

Tribunales estatales como el de Colombia, ha hecho mención a la inevitable relación existente entre medios de comunicación y la democracia, sin efectuar una referencia específica a sus precedentes internacionales; a su vez, el Tribunal Constitucional de Bolivia, mencionando a la OC-5/85 pronunciada por la Corte IDH concluyo que a través de: “los medios de comunicación (es) que la sociedad ejerce su derecho a la libertad de expresión -y por ende, se entiende, su derecho a la libertad de información”<sup>1913</sup>.

Ese derecho a la información, como parte de la libertad de expresión, protege a informaciones que dan los medios de comunicación, sean estas favorables a unas personas o al contrario, que incomoden o molesten a otros, debiendo el Estado o receptores ser *tolerantes con la información recibida*, dentro de una sociedad democrática; al respecto el TEDH en 1976 manifestó que la información: “es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y

---

<sup>1910</sup> Sunday Times, párr. 65.

<sup>1911</sup> Prager y Oberschlick, 1995; Fressoz y Roire, 1999; Lingens, 1986 y otros.

<sup>1912</sup> Párrafo 117, en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, de 2004.

<sup>1913</sup> Punto III.3.c) de fundamentos jurídicos, SC 0215/2011-R de 11 de marzo

el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'.<sup>1914</sup>. Ese razonamiento ha sido de manera específica y expresa por el Tribunal Constitucional de España, en 1982, que refiriéndose al caso Handyside, a la libertad de expresión como fundamento de una sociedad democrática, consideró que: “comprende no solo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática”<sup>1915</sup>.

La obligación de la prensa de informar cuestiones de interés público: “no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”<sup>1916</sup>, como reconoció en diversos casos la Corte IDH el 2001 y otros años, remitiéndose de manera específica y expresa a fallos del TEDH. Tribunales estatales como el de la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Bolivia, hacen mención expresa al caso Handyside resuelto por el TEDH, como a casos resueltos por la Corte IDH<sup>1917</sup>.

La libertad de expresión (opinión pública), se garantiza con la libertad de información activa, que se efectúa a través de los medios de prensa y, que tiene estrecha relación con el *derecho de acceso de información* o libertad de información pasiva, referida al derecho de las personas a conocer cualquier información (incluso solicitarla con o sin interés), única manera de que la información se conozca, circule o se mueva, que se da solo cuando en una sociedad impera un Estado de derecho democrático.

La libertad de información activa, a cargo de la prensa, como encargada de hacer saber las opiniones públicas o ideas: “sobre cuestiones ... de las que

---

<sup>1914</sup> Caso Handyside Vs. Reino Unido, Sentencia de 07 de diciembre de 1976. Razonamiento reiterado en muchísimos casos: The Sunday Times, Sentencia de 26 de abril de 1979; Barthold judgment Sentencia de 25 de marzo de 1985; Caso Lingens Sentencia de 08 de julio de 1986, entre otras.

<sup>1915</sup> SC 62/1982, FJ 5.

<sup>1916</sup> Igual se reconoció en el Caso Ivcher Bronstein, párr. 155; Caso Herrera Ulloa, párr. 127; Caso Palamara Iribarne, párr. 83, Caso Claude Reyes, párr. 87. Remitiéndose a fallos del TEDH, tal en el Caso Olmedo Bustos párr. 69 y Herrera Ulloa, párr. 113, entre muchas otras.

<sup>1917</sup> En el caso Colombiano, se tiene el punto III.9 de la Sentencia C.010/00; puntos 6.2 y 2.3.7 de la Sentencia T. 391/07. Al igual que el caso boliviano, en la SC 215/2011.R, punto III.3.c).

conocen, así como las que se refieren a otros sectores de interés público, a ello se añade el derecho del público a recibirlas”<sup>1918</sup>, como entendió el TEDH en 1979; ese derecho público a recibirlas, no es otra cosa que una expresión de lo que se entiende por derecho de acceso a la información o libertad de información pasiva.

Ha sido la Corte IDH, quién el 2006 con mayor profundidad desarrolló el alcance de lo que comprende el derecho de acceso a la información pública, que resulta ser un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, porque posibilita mayor transparencia y buena gestión pública, donde las personas ejercen sus derechos por medio de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información<sup>1919</sup>; también se indicó que: “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”<sup>1920</sup>; además el se dejó establecido que el: “derecho de acceso a la información bajo el control del Estado ... contiene de manera clara las dos dimensiones (de la libertad de expresión), individual y social ... las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”<sup>1921</sup>.

La *libertad de información pasiva* de todos los ciudadanos (de recibir información), también entraña una *libertad de información activa* de todos los ciudadanos (no solo de los profesionales de la información), de solicitar en forma amplia el acceso a la información, en asuntos que se tenga interés o no y el deber del Estado de darla, así la Corte IDH manifestó que: “la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada ... Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.”<sup>1922</sup>.

El derecho que tienen las personas de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado (libertad de información negativa), así como el derecho de la persona de solicitar la información que considere pertinente, tenga

---

<sup>1918</sup> Sunday Times, párr. 65.

<sup>1919</sup> Así reconoció la Corte Interamericana, cuando hizo mención a diversas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, párrafos 78 y 84, Caso Claude Reyes y otros c. Chile.

<sup>1920</sup> Párrafo 92, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile

<sup>1921</sup> Párrafo 77, Caso Claude Reyes y otros c. Vs Chile

<sup>1922</sup> Ibidem

o no interés directo (libertad de información activa), ha sido reconocido por tribunales estatales americanos, como el Tribunal Constitucional del Perú, aunque sin asumir de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>1923</sup>, también completa el razonamiento de la Corte IDH, cuando se refiere a la libertad de información positiva que tiene no solo el Estado sino los particulares, que están obligados a hacer conocer la información cuando prestan servicios de naturaleza pública<sup>1924</sup>. El Tribunal Constitucional de Bolivia, acogió expresa y específicamente el razonamiento de la Corte IDH que contiene la OC-5/85, con relación a la libertad de información (acceso a la información desde punto de vista pasivo y activo)<sup>1925</sup>.

Los *procesos electorales* que se dan dentro de un Estado democrático, deben estar garantizados con la: “libertad de expresión, que es una de las condiciones necesarias para asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección”<sup>1926</sup>, como entendió el TEDH en 1987, órgano jurisdiccional que además dejó sentada la necesidad de que es preciso que las opiniones y la información de toda clase pueda circular libremente en el período que antecede a las elecciones<sup>1927</sup>, lo que se da cuando existen elecciones libres y libertad de expresión, produciéndose un debate político, elecciones y libertad que forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático<sup>1928</sup>. Consecuentemente, a través de la libertad de expresión, en la época que precede a los comicios se producen múltiples opiniones públicas, generándose un debate político entre todos los actores del proceso electoral, que permite la circulación de información sobre los candidatos, sus propuestas, compromisos, etc., a fin de que los electores, puedan seleccionar al que consideren más idóneo para la función pública, de ahí que sin el derecho a: “unas elecciones libres no hay democracia”<sup>1929</sup>, gozando el Estado de un amplio margen de apreciación nacional, asegurándose el TEDH que no se limite los derechos: “hasta el punto de desnaturalizarlos y privarlos de eficacia”<sup>1930</sup>.

---

<sup>1923</sup> Punto I.A.2, Exp. N° 6238-2008-PDH.

<sup>1924</sup> Punto 7, Exp. N° 00390-2007-PHD/TC y sent. Cit supra.

<sup>1925</sup> Fundamento III.2 de la SC 0188/2006-R.

<sup>1926</sup> caso Mathieu-Mohin y Clerfayt Vs. Belgica, Sentencia de 2 de marzo de 1987.

<sup>1927</sup> Caso Bowman contra Reino Unido, Sentencia de 19 de febrero de 1998.

<sup>1928</sup> Sentencia del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Belgica, de 2 de marzo de 1987 y Sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de julio 1986.

<sup>1929</sup> Alexandre Catalá Bas y Enrique Alvarez Conde, *El derecho de partidos*, Ed. Colex, Madrid.

<sup>1930</sup> Caso Selim Sedak Vs. Turquía, Sentencia de 11 de enero de 2002.

Refiriéndose a las libertades de expresión e información, durante el desarrollo de procesos electorales, el Tribunal Constitucional español en 1996, en la línea de lo señalado por el TEDH, asumió de manera expresa su jurisprudencia, cuando considero que el ejercicio de dichas libertades, tiene especial trascendencia en el seno de una campaña electoral, libertades que resultan ser particularmente intensas, cuando se ejercitan en procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático<sup>1931</sup>; además que esas libertades garantizan la formación de una opinión pública libre, condición sine qua non del pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático<sup>1932</sup>.

Al mencionar el ejercicio de los derechos políticos, libertad de pensamiento y de expresión, la Corte IDH el 2004, asumió de manera específica y expresa, amplia jurisprudencia del TEDH, cuando indica que una campaña electoral con libertad de expresión, se constituye en un bastión fundamental para el debate electoral, transformándose en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores<sup>1933</sup>; asimismo asevera que debe protegerse la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado, debate que permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información<sup>1934</sup>.

Tribunales estatales americanos, como el de Colombia, no han estado ajenos al desarrollo señalado, relativo al debate político que con libertad de expresión u opinión, se da durante el desarrollo de procesos electorales, asumiendo de manera expresa y específica, no solo la jurisprudencia de la Corte IDH, sino también del TEDH, analizando el alcance del discurso político y el debate sobre asuntos de interés público, llegándose a la conclusión de que las expresiones de contenido político, son las que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, que cubre toda expresión relevante para el

---

<sup>1931</sup> STC 136/1999, 57/1996.

<sup>1932</sup> SSTC 6/1981, 12/1982, 32/1985, 104/1986, 104/1986, 159/1986, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 214/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992, 15/1993, 178/1993, 170/1994, 42/1995, 78/1995, 132/1995, 176/1995, 19/1996, 204/1997, 1/1998, 46/1998, 144/1998, entre otras.

<sup>1933</sup> Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párr. 88.

<sup>1934</sup> Párr. 90, cit. supra.

desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública, política y social de la nación<sup>1935</sup>, lo que sin lugar a dudas asegura la democracia de un determinado Estado.

Si el debate político asegura la democracia, a través de la opinión pública con libertad de expresión, es obvio que tenga que existir un margen reducido a cualquier restricción o limitación del discurso político; doctrina que ha sido desarrollada por el TEDH a partir de 1998, cuando expresó que las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, deben ser cuidadosamente examinadas<sup>1936</sup>; asimismo se indicó que: “hay poco margen ... para las restricciones de la expresión política o del debate sobre asuntos de interés público ... los límites a la crítica admisible son más amplios en relación con el gobierno que con un ciudadano particular o incluso un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a un escrutinio cercano (por la) ... opinión pública.”<sup>1937</sup>; también se manifestó que la promoción del libre debate político es un rasgo muy importante de las sociedades democráticas, por lo cual la Corte Europea atribuye la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto de discusiones políticas, y considera que se necesitan razones muy fuertes para justificar restricciones sobre esta forma de discurso, entre otras razones, porque admitir restricciones amplias a la expresión política en casos individuales podría afectar el respeto por la libertad de expresión en general. En tal medida, se exige una necesidad social especialmente apremiante para restringir este tipo de expresión y dar prioridad a otro tipo de intereses”<sup>1938</sup>.

Asumiendo de manera expresa la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional de España, considera que la admisión de restricciones en las libertades de expresión e información, ha de ser estricta, ya que tales injerencias sólo se justifican si resultan imperiosamente necesarias en una sociedad democrática; también haciendo referencia expresa al caso *Incal Vs. Turquía* y otros, relativos al control riguroso sobre las injerencias en la libertad de expresión que afectan dirigentes de agrupación política, en diversas STC se ha

---

<sup>1935</sup> Sentencia T-391-07, punto 2331.

<sup>1936</sup> Caso *Incal Vs. Turquía*, Sentencia de 09 de junio de 1998.

<sup>1937</sup> *Arslan v. Turquía*, Sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>1938</sup> Caso de *Feldek v. Eslovaquia*, Sentencia del 12 de julio de 2001; Caso de *Dichand y otros v. Austria*, Sentencia 26 de febrero de 2002

complementado el razonamiento cuando se señala que al igual que no existe democracia sin pluralismo, éste no puede concebirse sin el concurso de una diversidad de partidos que, representan distintas corrientes de opinión de la sociedad, aportan una contribución irreemplazable al debate político, inherente a la esencia misma de un régimen democrático<sup>1939</sup>.

Siendo que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, por esa razón la Corte IDH el 2004, consideró que: “debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público ... (es que) Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.”<sup>1940</sup>, consideración que se la realizó asumiendo de manera expresa la jurisprudencia que sobre el tema ya dio el TEDH. Asimismo, tribunales estatales como el de Colombia, remitiéndose de manera expresa y específica a la jurisprudencia tanto del TEDH como de la Corte IDH reconocen la posibilidad de restricciones de la expresión política o del debate sobre asuntos de interés público, únicamente cuando exista una necesidad social especialmente apremiante o razones muy fuertes para justificar restricciones sobre esa forma de discurso.

Las *libertades de expresión* e información, implican la existencia de derechos que no son absolutos, de ahí que *no toda restricción provoca su violación*, salvo que la limitación se realice al margen del ordenamiento jurídico (legal-estatal o convencional-internacional). Así, la *censura previa* adoptada en forma discrecional por los poderes públicos, tiene por finalidad restringir la libertad de pensamiento y expresión, provocando la lesión del derecho de las personas al acceso a la información y de los medios de comunicación a transmitir dicha información, sin embargo, en aquellos supuestos en los que se acredite la pertinencia, necesidad y proporcionalidad de la injerencia, así como su previsión en la ley, puede avalarse la adopción de medidas de restricción a la libertad de

---

<sup>1939</sup> SSTC 93/1998, 30/1997 y otras.

<sup>1940</sup> Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrs. 127 y 129.

expresión (como es la censura previa), como reconoció expresamente el TEDH en 1989<sup>1941</sup>.

El Tribunal Constitucional Español considera que en protección a la libertad de expresión, es que se establece una: “prohibición de cualquier medida limitativa en la elaboración o difusión de una obra del espíritu”<sup>1942</sup>. Esa regla de prohibición de censura previa, con diversas definiciones ha sido reconocida por el TEDH, también por la Corte IDH que en 1985 señaló que la censura previa se constituye en una medida preventiva que implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión<sup>1943</sup>, estableciéndose la salvedad a la regla, cuando el 2001 dicha Corte IDH entiende: “que la permite (la censura previa) en el caso de espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y adolescencia”<sup>1944</sup>, encontrándose implícito el carácter legal, normativo y/o convencional de la salvedad, como reconoce el TEDH.

La regla de la prohibición de la censura previa, ha sido reconocida por tribunales estatales como el Perú, que en forma expresa y específica se refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>1945</sup>; asimismo, la excepción a la prohibición -de cualquier forma de censura previa- se acepta cuando la posibilidad está en la norma convencional (protegiéndose la moral, infancia y adolescencia), como reconoció la Corte Constitucional de Colombia, que también en forma expresa pero general, asume la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>1946</sup>.

No existen reglas absolutas que determinen en forma categórica los *límites que se pueden dar a la libertad de expresión*, los mismos se van fijando a partir de una normativa general que establece *requisitos*, cuyo alcance se va precisando con las interpretaciones que desarrollan los órganos de protección internacional. Un primer requisito para la existencia de una injerencia legítima a la libertad de expresión, es establecer que la *limitación está prevista por la ley*, como ya

---

<sup>1941</sup> Markt intern Verlag GMBH y Klaus Beerman Vs. Alemania, Sentencia de 20 de noviembre de 1989; Observer & Guardian Vs. Reino Unido y Sunday Times (2) Vs. Reino Unido, ambos de 26 de noviembre de 1991; Gaweda contra Polonia, de 14 de marzo de 2002.

<sup>1942</sup> STC 52/1983; STC 187/1999.

<sup>1943</sup> Párr. 38, OC-5/85; en sentido similar de lo señalado en párr. 70, Caso Olmedo Bustos Vs. Chile de 2001 y; párr. 68, caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005.

<sup>1944</sup> Párr. 70, Caso Olmedo Bustos Vs. Chile, 2001.

<sup>1945</sup> Punto 15, Exp. N° 0905-2001-AA/TC.

<sup>1946</sup> Punto 1.3.4., Sentencia T-391/07, en la que existe imprecisión en la cita, pues no señala en que resolución de la Corte IDH se habría manifestado aquello, que no es otra que el párr. 38 de la O-5/85.



entendió el TEDH en 1979, pero no solamente requiere que la medida tenga una base en la legislación nacional, sino que alcanza a la calidad de la Ley (formal y/o material)<sup>1947</sup>; en segundo término, otro requisito para una *injerencia legítima* a la libertad de expresión radica en la necesidad de la existencia de una “finalidad legítima”, que es reconocida a partir de una interpretación sobre el contenido del art. 10.2 de la CEDH, existiendo al respecto muchos fallos de 1985, 1988 y otros<sup>1948</sup>; un tercer requisito que habilitaría la posibilidad de una interferencia a la libertad está en la: “*necesidad de la injerencia en una sociedad democrática*”, el adjetivo “necesario” implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”, que dentro de la doctrina del margen de apreciación nacional, da libertad a los Estados para juzgar la existencia de esa necesidad y competencia del TEDH para resolver en última instancia si una restricción concilia o no con la libertad de expresión, como se entendió en 1976<sup>1949</sup>.

En cuanto a los requisitos para proceder a limitar la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional Español en 1982, asume plenamente la jurisprudencia del TEDH, cuando señala que existen: “dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.” (medidas previstas en la ley, necesarias en una sociedad democrática y fin legítimo), citando de manera expresa la Sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside Vs. Reino Unido*<sup>1950</sup>; en sentido similar en otros casos<sup>1951</sup>.

La Corte IDH en 1985, no estuvo ajena a esas interpretaciones, asumió los dos razonamientos primeros referidos por una parte a la necesidad de existencia de una previsión legal que establezca los límites, por otra, la legitimidad de los fines perseguidos<sup>1952</sup>. Así, en cuando a la limitación prevista por ley en 1986, profundiza la calidad del alcance del término ley (formal-material), haciendo

---

<sup>1947</sup> Caso *Sunday Times Vs. Reino Unido*, Sentencia de 26 de abril de 1979 y otros.

<sup>1948</sup> *Barthold Vs. Alemania*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, *Muller Vs. Suiza*, Sentencia de 24 de mayo de 1988 y otros.

<sup>1949</sup> Caso *Handyside Vs. Reino Unido*, Sentencia 07 de diciembre de 1976 y otros.

<sup>1950</sup> STC 62/1982, 15 de octubre; igual otras

<sup>1951</sup> STC 127/1994.

<sup>1952</sup> Párr. 39 de la OC-5/85.

expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH<sup>1953</sup>; con relación a la legitimidad de fines, que implica la existencia de razones de interés público (seguridad, orden público, etc.) que justifican la limitación, también asume de manera expresa la jurisprudencia del TEDH<sup>1954</sup>. Tribunales estales como la Corte Constitucional de Colombia, sin asumir de manera expresa la jurisprudencia del TEDH y/o de la Corte IDH, en la misma línea considera que la limitación a la libertad de expresión se da cuando exista una causa legal y proteja una finalidad aceptable<sup>1955</sup>.

A los dos requisitos expresados, la Corte IDH en 1985 se refirió a los alcances de la existencia de una necesidad imperiosa en una sociedad democrática<sup>1956</sup>, aunque recién el 2004 lo catalogo como un tercer requisito o un requisito más<sup>1957</sup>. Este tercer requisito implica que en una sociedad que busca la preservación y funcionamiento de instituciones democráticas, para procederse a la restricción de la libertad de expresión, se precisa además la existencia de una necesidad social imperiosa, orientada a satisfacer un interés público, conforme a una finalidad legítima perseguida y que no se limite más de lo estrictamente necesario. A tiempo de asumir ese criterio, la Corte IDH rescata de manera específica y expresa la jurisprudencia del TEDH<sup>1958</sup>; a su vez la Corte Constitucional de Colombia, también asume ese razonamiento de forma expresa y específica, cuando reconoce la doctrina de la necesidad social imperiosa preponderante, que es la que justifica una restricción a la libertad de expresión, en el límite de lo necesario<sup>1959</sup>. Es necesario dejar establecido que, en cuanto a la doctrina del margen de apreciación nacional, desarrollada por el TEDH alrededor de este tercer requisito<sup>1960</sup>, no es una doctrina aplicable en América, que es partidaria de la doctrina del seguimiento nacional<sup>1961</sup>.

---

<sup>1953</sup> Párr. 20, OC-6/86.

<sup>1954</sup> Párr. 46 *in fine* OC 5/85.

<sup>1955</sup> Puntos 15 y 18, Consideración III, Sentencia C-010/00; y punto 2.1.2.3., Sentencia T-391/07.

<sup>1956</sup> Párr. 46, OC-5/85.

<sup>1957</sup> Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 02 de julio de 2004, párr. 120.

<sup>1958</sup> Párr. 46, OC-5/85.

<sup>1959</sup> Punto 7, Consideración III, Sentencia C-010/00; punto 4.1.4.4., Sentencia T-679/05.

<sup>1960</sup> Referido a la posibilidad de dar libertad a los Estados para juzgar la existencia de esa necesidad imperiosa y competencia al TEDH para resolver en última instancia si hubo o no restricción, como se señaló en el Caso Handyside Vs. Reino Unido, Sentencia 07 de diciembre de 1976, entre otros.

<sup>1961</sup> No se deja en libertad a cada uno de los Estados el determinar si existe o no necesidad social imperiosa, sino que esa apreciación la realiza la Corte IDH, cuyo razonamiento debe ser seguido por los tribunales nacionales de los demás Estados partes de la Convención Americana.

En ciertas circunstancias, el derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos protegidos, como son el orden público, la moral, la honra, la seguridad nacional, etc., en tales casos las autoridades jurisdiccionales deberán efectuar un *balancing* o *ponderación de derechos*, para determinar cuál debe ser el protegido, analizándose: el grado de afectación de la libertad de pensamiento, expresión e información, frente a la importancia de la satisfacción del bien contrario (sea por razones de orden público, moral, etc.) y, si la satisfacción de uno (libertad de expresión) justifica la restricción de otro (honra, etc.) o viceversa.

La libertad de expresión como fundamento necesario en toda sociedad democrática, tiene un altísimo valor de protección por los instrumentos internacionales, interfiriéndose en la menor medida su ejercicio efectivo, debiéndose reducir al mínimo a través de una interpretación restrictiva, como entendió el TEDH (a partir del razonamiento que se dio en 1976, complementado en 1991) y la Corte IDH (1984, 2004, 2008); ese razonamiento implícitamente ha sido asumido por la Corte Constitucional de Colombia en 2004, 2005, que considera que la libertad de expresión en cualquiera de sus formas (libertad de información y libertad de opinión) goza de especial protección y cualquier restricción debe ser justificada y motivada.

En casos concretos, la ponderación a realizar por autoridades jurisdiccionales a favor de la libertad de información -como parte de la libertad de expresión-, deberá tener en cuenta que la información tenga relevancia pública (interés general) y que la información sea veraz. El valor preponderante de la libertad de información o la *relevancia pública de la información*, tratándose de asuntos que tengan interés general, parte de la consideración de que las personas que ejercen funciones públicas, están obligadas a soportar cierto riesgo en sus derechos de personalidad (honor, etc.), porque las expresiones por ellos dadas, que se hace conocer a través de medios de comunicación, están sujetos a un amplio debate, que es necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática.

Ha sido el TEDH en Sentencia de 1986 y otras, considera que los límites de la crítica aceptable, respecto de un político (implicadas en asuntos de relevancia pública) o funcionarios públicos, son más amplios que en el caso de un particular, abriéndose un riguroso escrutinio de todas sus palabras, por los

periodistas y opinión pública, proporcionando la libertad de prensa a la opinión pública un medio para conocer y juzgar a dirigentes políticos<sup>1962</sup>. El Tribunal Constitucional de España, al referirse al conflicto entre la libertad de expresión, y el derecho al honor<sup>1963</sup>, de manera expresa<sup>1964</sup> o implícita asumió la jurisprudencia del TEDH, cuando considera que la formación de la opinión pública, alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor que se debilita, cuando sus titulares: “ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública (políticos), obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.”<sup>1965</sup>.

La Corte IDH, también ha acogido de manera expresa la jurisprudencia del TEDH, cuando refiriéndose a casos del TEDH<sup>1966</sup>, señaló que tratándose de una persona que ejerce funciones públicas, como es un político o: “las expresiones concernientes a funcionarios públicos ... deben gozar ... de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.”<sup>1967</sup>, esto no implica que el honor de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que será conforme a los principios del pluralismo democrático. En la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia, al hacer referencia al interés público de actos comunicativos, de manera implícita asume la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH, cuando señala que las expresiones de la información, no se dirigen a un individuo sino al grupo, debiéndose tener en cuenta el interés público en recibir las opiniones que se den de las autoridades públicas<sup>1968</sup>; a su vez, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, tomó de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando reconoció que las personas que influyen

---

<sup>1962</sup> Caso Lingens Vs. Austria, Sentencia de 8 de julio de 1986, párr. 42; Caso Castells Vs. España, Sentencia de 23 de abril de 1992, párr. 42 y 46; Caso Dichand y otros Vs. Austria, Sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 39.

<sup>1963</sup> En diversos casos, tal en SSTC 51/1985; 104/1986; 165/1987, 6/1988, 107/1988, 171/1990, entre muchas otras.

<sup>1964</sup> Tal en STC 107/1988.

<sup>1965</sup> Cit supra.

<sup>1966</sup> Caso Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 126, en el que se refirió textualmente al Caso Castells Vs. España de 1986 y Lingens vs. Austria de 1992.

<sup>1967</sup> Cit. supra, párr. 128.

<sup>1968</sup> Punto 2.1.2.3., Sentencia T-391/07.

en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente, saliendo sus actividades de la esfera privada para insertarse en la pública<sup>1969</sup>.

Otro requisito necesario para que tenga valor preponderante la libertad de información (que es parte del derecho a la libertad de expresión), es que los hechos que informa el profesional de la comunicación, sean verdaderos; el *principio de veracidad en la información de hechos*, radica en la obligación de los medios de difusión de otorgar una información verdadera, que ha de contribuir en la formación de una opinión pública libre, por ello es inadmisibles que otorguen una información falsa. El principio de veracidad surge de un razonamiento que dio el Tribunal Constitucional de España, en 1983 (antes que lo hiciera el TEDH), cuando hizo referencia a la necesidad de que el hecho que se informe sea cierto, manifestando que: “Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz”<sup>1970</sup>; en ese sentido el TEDH en 1986, considero que los hechos que informan los medios de comunicación, por su naturaleza fáctica, pueden ser objeto de investigación y contrastación, por tanto verificables, es que: “la realidad de los primeros (los hechos) puede probarse ... los periodistas ... si pueden probar la veracidad de sus afirmaciones”<sup>1971</sup>.

En esa línea el Tribunal Constitucional de España, realizando su propia interpretación del alcance del principio de veracidad, en 1990 señala que: “la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección”<sup>1972</sup>, a la inversa, se debe negar el derecho a la libertad de información, con relación al profesional que: “defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos

---

<sup>1969</sup> Fundamento III.3.1., SCP 1250/2012.

<sup>1970</sup> STC 105/1983, de 23 de noviembre.

<sup>1971</sup> Caso Lingens Vs. Austria, Sentencia de 8 de Julio de 1986.

<sup>1972</sup> STC 171/1990. En similar sentido de lo señalado en STC 107/1988, STC 136/1991, entre otras.

verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas”<sup>1973</sup>.

La Corte IDH, remitiéndose de manera específica y expresa al Caso Lingens Vs. Austria, el 2008 señaló que: “En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”<sup>1974</sup>, o lo que es lo mismo, la libertad de información se da sobre los hechos, pudiendo ser sometida a prueba de veracidad, a diferencia de los juicios de valor propios de la libertad de expresión que no están sometidos a ese tipo de verificación. Tribunales estatales americanos como el Tribunal Constitucional del Perú, han asumido de manera implícita la jurisprudencia que sobre la veracidad de hechos informados, partió del TEDH y se acogió por la Corte IDH, cuando señala que: “los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes ... tratándose de hechos difundidos para merecer protección constitucional, requieren ser veraces”<sup>1975</sup>; al igual que lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, que expresa que: “la libertad de información está sujeta a las condiciones de veracidad”<sup>1976</sup>, porque: “la deformación de los hechos ... afecta de forma evidente el derecho de todas las personas a recibir una información veraz e imparcial”<sup>1977</sup>.

A su vez, tratándose de la libertad de expresión, al emitirse opiniones e ideas, no está sujeto a la verificación, como entendió el TEDH, cuando en 1986 manifestó que el *principio de veracidad no se exige con relación a la libertad de expresión*, pues las opiniones no pueden ser sometidas a juicio de veracidad ya que, como tales, son inverificables, es que los juicios de valor: “no son susceptibles de prueba ... esta exigencia no puede cumplirse en los juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente, parte fundamental del derecho garantizado por el art. 10 del Convenio”<sup>1978</sup>. El Tribunal Constitucional de España en 1988, al referirse a la distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, considera que:

---

<sup>1973</sup> STC 171/1990, cit supra.

<sup>1974</sup> Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 83.

<sup>1975</sup> Exp. N° 0905-2001-AA/TC, puntos 10 y 11.

<sup>1976</sup> Sentencia T-679/05, punto 4.1.4; al igual que lo expresado en Sentencia T. 213/2004

<sup>1977</sup> Sentencia C-010/00, punto 20.

<sup>1978</sup> Caso Lingens Vs. Austria, Sentencia de 08 de julio de 1986.

“mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar”<sup>1979</sup>.

La Corte IDH, asumiendo ese razonamiento, pero de manera implícita, el 2004 considera que las opiniones o juicios de valor de las personas, no pueden ser susceptibles de prueba, pues una exigencia de esta naturaleza: “entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención”<sup>1980</sup>; al igual que lo señalado el 2008, cuando se manifestó que: “la opinión no puede ser objeto de sanción, más aun cuando se trata de un juicio de valor ... no puede ser sometida a requisitos de veracidad de prueba respecto de juicios de valor”<sup>1981</sup>. En similar sentido la Corte Constitucional de Colombia, sin remitirse de manera expresa a otra jurisprudencia, implícitamente se refiere al razonamiento del TEDH y de la Corte IDH, cuando señala que: “la libertad de opinión no parece posible exigir veracidad<sup>1982</sup>”, porque: “la opinión no se orienta a describir hechos .... se exterioriza, más bien, una apreciación sobre los hechos<sup>1983</sup>”.

En aquellos casos en los que una persona se excede en su libertad de expresión, o un profesional de la información, da una información que no es cierta, surgen consecuencias posteriores a ese tipo de actos, que se expresan en la existencia de un *proceso penal* -que se inicia por considerarse afectada la honra de una persona, etc.- *tiene un efecto “disuasorio”* del ejercicio de la libertad de expresión, por lo que se debe aplicar con cautela y rigurosidad, en la medida de lo estrictamente necesario o sin ser exagerada o desmedida, como entendió el TEDH en 1995<sup>1984</sup>; sin decirlo expresamente la Corte IDH el 2004, asume ese razonamiento, cuando se refiere al proceso penal que cuenta con efecto “disuasivo”, atemorizador e inhibitorio, lo que impide un debate público sobre temas de interés en la sociedad<sup>1985</sup>, es que el proceso penal resulta ser atemorizador

---

<sup>1979</sup> STC 107/1988.

<sup>1980</sup> Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 132.

<sup>1981</sup> Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 93.

<sup>1982</sup> Punto 4.1.4.4.i, Sentencia T-679/05; al igual que lo expresado en el Punto 18, Sentencia T-213/2004, entre otras.

<sup>1983</sup> Punto 4.1.4.4.i, Sentencia T-679/05

<sup>1984</sup> Caso Tolstoy Miloslavsky Vs. Reino Unido, Sentencia de 13 de Julio de 1995.

<sup>1985</sup> Párr. 133 Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de julio de 2004.

para quién expresa su opinión, restringiéndose su derecho de libertad de expresión, por ser esa la circunstancia que amerita su protección.

A la inversa, frente a la libertad de expresión, se busca racionalidad o equilibrio en *la protección del honor, reputación, orden público y otros*. El TEDH a partir del caso Linges de 1986 y otros casos, consideró que si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, no puede prevalecer de manera absoluta en todos los casos, correspondiendo al juzgador determinar el caso en el que es necesario proteger el honor y la reputación de los demás, ya sean ciudadanos o funcionarios públicos<sup>1986</sup>, ese razonamiento, ha sido implícitamente asumido por el Tribunal Constitucional de España, que considera que cuando existe: “un problema de conflicto entre la libertad de expresión, reconocida en el art. 20.1 a) de la Constitución, y el derecho al honor, protegido por el art. 18.1 de la misma Norma fundamental. Su solución, obviamente, debe obtenerse de conformidad con la doctrina constitucional”<sup>1987</sup>, que no es otra que la establecida por el TEDH.

Por su parte, la Corte IDH el 2008 refiriéndose de manera expresa al Caso Mamere del TEDH, considera que se debe promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, como es el honor frente a la libertad de expresión, obviamente sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático<sup>1988</sup>, es que en ciertas circunstancias la balanza tendrá que inclinarse a proteger un bien contrario al de la libertad de expresión.

Tribunales estatales como la Corte Constitucional de Colombia, sin asumir de manera expresa la jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH, unas veces protege la libertad de expresión, al señalar que: “cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.”<sup>1989</sup>; sin embargo otras veces considera que: “dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho (honor, etc.), valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a

---

<sup>1986</sup> Caso Mamere Vs. Francia, Sentencia de 07 de noviembre de 2006.

<sup>1987</sup> STC 107/1988.

<sup>1988</sup> Párr. 78, Caso Kimel Vs. Argentina, Sentencia de 02 de mayo de 2008.

<sup>1989</sup> Punto 1.3.2., Sentencia T-391/07



la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad<sup>1990</sup>, por lo que protege bienes contrarios, como son la honra y reputación<sup>1991</sup>.

### V.3.4 Derecho a la igualdad

El establecer el significado y alcance de la igualdad, resulta no ser una tarea fácil, muchos han sido los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, que han tratado de establecer y precisar la *naturaleza jurídica* de la igualdad, así en la jurisprudencia del TEDH de 1968, se entendió a la igualdad como un principio cuando señaló que ese: “Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, cuando la distinción carece de justificación objetiva considera que la igualdad de trato queda violada”<sup>1992</sup>, lo que implica que la igualdad, como principio, puede dar lugar a un trato diferenciado cuando es justificado y objetivo. Como se ha reiterado en innumerables sentencias del Tribunal Constitucional Español, tal la emitida en 1982<sup>1993</sup>, razonamiento que ha sido desarrollado a través de votos particulares, que con mayor profundidad, han expresado la naturaleza jurídica de la igualdad, no solo como principio sino también como derecho, cuando en 1983 entendió que se concebía a la igualdad como principio general de derecho (en tal medida, cualquier excepción a él tenía que ser sometida a una interpretación restrictiva -justificación objetiva y razonable, como señaló el TEDH-) y como un límite a la potestad legislativa del Estado, que contenía al propio tiempo un derecho subjetivo<sup>1994</sup>.

La Corte IDH ha seguido de manera expresa la jurisprudencia del TEDH, cuando en 1984 y posteriores, se reconoció a la igualdad como principio<sup>1995</sup>.  
Tribunales estatales americanos como el Tribunal Constitucional de Bolivia,

---

<sup>1990</sup> Cit. supra.

<sup>1991</sup> Sentencia C-489, punto 4.2.3., Sentencia T-679/05.

<sup>1992</sup> Punto I.B.1, caso relativo a ciertos aspectos del Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

<sup>1993</sup> STC 19/1982, de 5 de mayo.

<sup>1994</sup> Voto particular del Magistrado Díez-Picazo, en la Sentencia 7/1983, de 14 de febrero; igual en el voto particular que se emitió con relación a la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto.

<sup>1995</sup> Párrafo 56, OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

asumiendo de manera expresa la noción de la igualdad que dio la Corte IDH en la OC-4/84, considera que lo que prohíbe el principio de igualdad es la discriminación<sup>1996</sup>; la Corte Constitucional de Colombia, el 2001 realizando expresa mención al razonamiento de la Corte IDH (OC-4/84), considera que el principio de igualdad, incluye no solo tratar igual a los iguales, sino desiguales a los desiguales<sup>1997</sup>, asimismo considera a la igualdad como un derecho<sup>1998</sup>; el Tribunal Constitucional del Perú a partir del año 2003, profundizándose el 2006 y 2007, realizó una importante precisión sobre el alcance del principio de igualdad, que se percibiría en dos planos, como principio y como derecho<sup>1999</sup>, razonamiento que sin decirlo de manera expresa, se asumió del de la Corte IDH, sobre todo cuando considera que la igualdad se desprende de la naturaleza y de la dignidad del ser humano<sup>2000</sup>.

La igualdad puede ser analizada desde dos puntos de vista: por una parte como una prohibición de trato arbitrario o igualdad ante la Ley y por otra, como una prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos. En el primer caso, como *prohibición de trato arbitrario o igualdad ante la ley*, implica una obligación de los poderes públicos en general y del legislador en particular, en sentido de dar un trato igual a todas las personas o no deben dar un trato diferente, salvo que exista razonabilidad o justificación, como entendió el TEDH en 1968<sup>2001</sup>; razonamiento que refleja el sentido de la igualdad ante la ley, pues no se viola la igualdad si la ley establece un trato diferente que es justo y razonable.

La igualdad ante la ley, ha sido también reconocida por el Tribunal Constitucional de España, que en amplia jurisprudencia considera que la igualdad ante la ley es lesiva al derecho cuando las diferencias de trato que se dispensen a situaciones iguales u homogéneas, resultan carentes de una justificación objetiva

---

<sup>1996</sup> SC 0058/2003, de 25 de junio, punto III.1; SC N° 0062/2003, de 03 de Julio de 2003, punto III.1; igual que lo señalado por SC 0599/2004-R, de 22 de abril, punto III.2.

<sup>1997</sup> Puntos 7 y 7.1 de la Sentencia C-673/01, de 28 de junio.

<sup>1998</sup> Punto 3, Sentencia C-101/05, de 08 de febrero.

<sup>1999</sup> EXP. 0023-2005-PI/TC, corresponde a la Sentencia de 27 de octubre de 2006, punto 13, párrafo 64.

<sup>2000</sup> EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, que corresponde a la Sentencia emitida El 06 de noviembre de 2008, punto 2.1, Párrafo 17; en igual sentido que lo señalado por La Corte IDH en La OC.4/84.

<sup>2001</sup> Punto I.B.1, Sentencia de 23 de julio de 1968; en dicha sentencia se manifestó que: "la distinción carece de justificación objetiva (lo que da lugar a) ... que la igualdad de trato queda violada".

y razonable<sup>2002</sup>, o desde otro punto de vista, a los supuestos de hechos iguales, deben serles también aplicables consecuencias jurídicas iguales y para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca como fundada y razonable<sup>2003</sup>; en resumen, el legislador debe dar el mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, prohibiéndose desigualdades que carezcan de justificación objetiva y razonable o que resulte desproporcionada con referencia a dicha justificación<sup>2004</sup>.

En la misma línea, la Corte IDH en 1984, considera que: “En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”, de ahí que en el derecho interno de los Estados Partes, estos están obligados a: “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”<sup>2005</sup>, sin embargo se dejó sentado que: “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”, asumiendo de manera expresa la jurisprudencia del TEDH, señalándose que sólo es discriminatoria una distinción cuando: “carece de justificación objetiva y razonable”<sup>2006</sup>, por lo que un trato diferenciado puede: “ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”<sup>2007</sup>. La misma Corte IDH en 2003, señaló que: “los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”<sup>2008</sup>.

Tribunales estatales americanos, no han estado alejados de esos razonamientos, así la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al principio de igualdad, realizó menciones expresas tanto a la Sentencia que el año de 1968 emitió el Tribunal Europeo, como a la OC-4/84 de la Corte IDH, ambos

---

<sup>2002</sup> STC 22/1981, de 02 de julio, FJ 3.

<sup>2003</sup> En ese sentido muchos fallos, tal en SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5; 6/2007, de 15 de enero FJ 2; 87/2009, de 20 de abril, FJ 7; entre otros casos.

<sup>2004</sup> 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 96/2002, de 25 de abril, FJ 7; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4.

<sup>2005</sup> Párr. 54 de la OC-4/84.

<sup>2006</sup> Referido al caso Belga, en el que se dictó la Sentencia de 23 de julio de 1968.

<sup>2007</sup> Párr. 56 de la OC-4/84.

<sup>2008</sup> Párrafo 105, OC-18/03.

razonamientos, justifican la existencia de un trato diferente cuando existe justificación objetiva y razonabilidad en la norma<sup>2009</sup>. En el Tribunal Constitucional del Perú se considera que pueden existir tratos diferenciados: “siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el resultado no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario”<sup>2010</sup>, también se señaló que: “no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente”<sup>2011</sup> expresión que se ha dado haciendo expresa mención a la jurisprudencia de la Corte IDH contenida en la OC 4/84 (que tiene como precedente la del TEDH); es que la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, podrán haber diferencias en el trato objetivamente justificadas. A su vez, en el Tribunal Constitucional de Bolivia, haciendo expresa remisión al razonamiento contenido en la OC 4/84, considera que: “el legislador puede ... establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima ... (pero) no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional”<sup>2012</sup>.

Una diferencia en el trato que esté justificada de manera objetiva y razonable, solo se puede determinar a través del principio de proporcionalidad, que resulta ser un criterio de interpretación utilizado no solo por las autoridades del legislativo a tiempo de emitir las leyes, sino también por todas las autoridades del poder público, particularmente, por las autoridades jurisdiccionales que deben ponderar razones, para llegar a establecer una diferencia de trato que sea racional, a través del denominado test de proporcionalidad, que se construyó a partir de la jurisprudencia del TEDH de 1968, cuando considero que el derecho a la igualdad se ve violado por un trato diverso cuando: “resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”<sup>2013</sup>.

---

<sup>2009</sup> Punto 7.1 de la Sentencia C-673/01.

<sup>2010</sup> Párr. 2.1.19, Exp. N° 05652-2007-PA/TC.

<sup>2011</sup> Párr. 2.1.20, Exp. N° 05652-2007-PA/TC; en similar sentido de lo señalado en el punto 14, párr. 76 de la Sentencia de 27 de octubre de 2006, Exp. N° 0023-2005-PI/TC.

<sup>2012</sup> Punto II.1. de la SC N° 0062/2003 de 3 de julio; igual en SSCC Nos. 0058/2003 y 0599/2004-R. También en otros razonamientos, tal en SS.CC. Nos. 0049/2003, 0029/2013, 0002/2001, entre otras.

<sup>2013</sup> Punto B, párr. 16, Sentencia de 23 de julio de 1968.

La igualdad, como derecho y como principio, no prohíbe cualquier trato desigual, sino aquel trato desigual que resulta ser injustificado, por no venir fundado en criterios objetivos y razonables, además por implicar consecuencias jurídicas que no sean proporcionadas a la finalidad perseguida y que generen resultados excesivamente gravosos o desmedidos, como en la línea del TEDH, entendió el Tribunal Constitucional de España<sup>2014</sup>, según el cual la diferencia de trato debe estar por una parte objetivamente justificada, por otra debe superar el juicio de proporcionalidad, es decir valorar la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, ya que lo que postula el principio de igualdad es que las diferencias de trato que puedan producirse estén suficientemente justificadas y superen el juicio de proporcionalidad.

La Corte IDH en el referido caso relativo a la OC-4/84, no se pronunció en forma expresa sobre los alcances del principio de proporcionalidad, que a partir de lo dicho por el TEDH en 1968, ha sido asumido en posteriores casos, tal uno del 2007, según el cual cualquier restricción a un derecho debe cumplir con los componentes del principio de proporcionalidad, que se refiere a la legitimidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la medida, así es necesario:

“i) que la finalidad de las medidas ... sea compatible con la Convención. ...; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. ... y, iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.”<sup>2015</sup>

Tribunales estatales americanos, con diferentes tonalidades han asumido de manera implícita y genérica el razonamiento que inicialmente lo esbozó el TEDH y lo profundizó la Corte IDH, así la Corte Constitucional de Colombia considera que el “test de razonabilidad” puede tener tres variantes, así habla de los alcances de un “test leve”, de un “test estricto de razonabilidad” y de un “test intermedio”; respecto al estricto, señala que: “El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo

---

<sup>2014</sup> STC 9/2010, de 27 de abril; en similar sentido SSTC 200/2001, de 4 de octubre, y 88/2005, de 18 de abril.

<sup>2015</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.”, además en el se aplica: “El juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que) es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad”<sup>2016</sup>.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, realizó un interesante análisis del principio de proporcionalidad, a través del caso de la aplicación de medidas legislativas, realizando en primer lugar una “verificación de la diferenciación legislativa”, comparando medidas legislativas, para llegar a determinar si las asumidas dan o no trato diferenciado; de ser positiva la respuesta se pasa a un segundo nivel de análisis, realizándose una: “Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación”; de existir base constitucional en el razonamiento que se dio, se ingresa a un tercer nivel de análisis, referido a la: “Verificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación”, al efecto es necesario establecer si la medida legislativa diferenciadora es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucional, precisándose si la medida es absolutamente necesaria e indispensable para la consecución del fin legítimo, todo ello a fin de determinar si la medida es conforme al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad<sup>2017</sup>.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, considera que el trato diferenciado entre desiguales no constituye un trato discriminatorio y para ello, debe tener elementos justificativos entre los que se señaló a: 1) La diferencia de los supuestos de hecho; 2) La finalidad de la diferencia de trato, que debe ser legal y justa ; 3) La validez constitucional del sentido propuesto (que la diferenciación sea admisible), o lo que también denominan algunos autores como razonabilidad; 4) La eficacia de la relación entre hechos, norma y fin, o sea, que exista racionalidad en el trato diferente; 5) La proporcionalidad, que implica que la relación de todos los anteriores factores sea proporcional, que no se ponga en total desventaja a un sector, que la solución contra la desigualdad evidente no genere una circunstancia de nueva desigualdad<sup>2018</sup>; lo que implica que por el principio de igualdad, de manera general todos deben ser tratados de forma igual, debiéndose dar trato igual a aquellos entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una

---

<sup>2016</sup> Punto 7.2. de la Sentencia C-673/01.

<sup>2017</sup> Todo este análisis se encuentra detallado en el Punto 15, párr. 75, inc. c) del Exp. N° 0023-2005-PI/TC.

<sup>2018</sup> SSSC. 0049/2003 y 0029/2013.

misma hipótesis y situación, estando permitido de manera específica un trato distinto a aquellos que se encuentran en situación desigual, sea por las condiciones en el medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan; en conclusión, es posible que exista un trato igual entre iguales y un trato diferente entre los desiguales.

Habiéndose hecho mención a la igualdad como prohibición de trato arbitrario o igualdad ante la Ley, corresponde ahora referirse al segundo caso, relativo a la igualdad como una *prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos*, o grupos vulnerables como son mujeres, niños, migrantes, indígenas, etc., que por su especial situación, merecen una particular protección; de ahí que se dice que no todo trato diferenciado equivale a discriminación sino solo el que es injustificado o no es razonable, como entendió el TEDH en 1968<sup>2019</sup>, en similar sentido a lo señalado por el Tribunal Constitucional de España, según el cual el tratamiento desigual, tiene un límite que es la no discriminación, que implica la desigualdad desprovista de una justificación objetiva y razonable; razonamiento que partió del TEDH, asumido de manera expresa por la Corte IDH en 1984<sup>2020</sup>, como por las Corte y Tribunales Americanos de Colombia<sup>2021</sup>, Perú<sup>2022</sup> y Bolivia<sup>2023</sup>, como se manifestó.

El art. 14 de la Convención Europea, como el art. 1.1. de la CADH establecen una lista de motivos prohibidos o razones por las que podría haber discriminación<sup>2024</sup>, tal la raza, color, sexo, etc. o “cualquier otra situación” o “cualquier otra condición social”, respectivamente, últimos términos que se constituyen en una especie de cláusula abierta, pues dan la posibilidad de proteger situaciones de discriminación, diferentes a las taxativamente señaladas, tal por ejemplo tratos diversos, que sin una justificación objetiva ni razonable, se dan a personas con diversa orientación sexual, discapacitados u otros, de ahí que las listas se constituyen en unas meramente enunciativas o indicativas, pero

---

<sup>2019</sup> Caso Régimen Lingüístico Vs. Bélgica, Sentencia de 23 de julio de 1968.

<sup>2020</sup> OC-4/84, de 19 de enero, párr. 56.

<sup>2021</sup> C-673/01.

<sup>2022</sup> Exp. N° 05652-2007-PA/TC.

<sup>2023</sup> SC 0062/2003.

<sup>2024</sup> La prohibición de discriminación, implica que los derechos deben ser garantizados y asegurados a favor de todos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacimiento o de cualquier otra índole; en el marco de lo señalado por el art. 1.1. de la Convención Americana o el art. 14 de la Convención Europea.

nunca de carácter limitativo, como consideró el TEDH en 1976<sup>2025</sup>; razonamiento que en alguna medida -aunque no de manera expresa-, ha sido asumido por la Corte IDH, cuando entiende que no se admiten tratos discriminatorios, por “cualquier otra condición”<sup>2026</sup>, es decir, que el criterio prohibido de discriminación, no se limita a los taxativamente señalados, ni a cualquier otra “condición social”, sino que de manera general se amplía a cualquier otra condición económica, jurídica, política, etc.

Ahora bien, las distinciones que se fundan en factores prohibidos de discriminación (raza, sexo, etc.), son razones que deben ser sometidas a un examen muy exigente y riguroso, por parte del órgano jurisdiccional internacional o nacional, no correspondiendo a los tiempos actuales quedarse únicamente con la tradicional doctrina de una “justificación objetiva y razonable”<sup>2027</sup>; al respecto, el TEDH entendió que el trato diferente en busca de una igualdad material (no solo formal): “debería presentarse por razones de mucho peso antes que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo (u otra que) pueda ser considerada compatible con el Convenio”<sup>2028</sup>, o cuando señaló que una distinción basada esencialmente en una especie de categoría sospechosa (religión) no es aceptable, por lo que: “debe prestarse una especial importancia en (otros criterios) materia de raza”<sup>2029</sup>; lo que implica que las autoridades del poder público deben acreditar no solo una justificación objetiva y razonable para dar un trato diferente, sino que además deben demostrar la necesidad pública urgente o un interés social imperioso para ese efecto.

Por tanto, el trato desigual amparado en categorías sospechas, como raza, sexo, etc., no solo debe contar con una justificación objetiva y razonable, sino que además debe ser una justificación intensa, fuerte o visible, como entendió el Tribunal Constitucional Español, cuando consideró que, las diferencias de trato, necesitan una especial carga justificadora por cuenta del Estado, de ahí la inversión de la carga de la prueba<sup>2030</sup>. La Corte IDH, no realizó grandes

---

<sup>2025</sup> Casos Engel y otros Vs. Holanda, 08 de junio de 1976; Kjeldsen y otros Vs. Dinamarca, de 07 de diciembre de 1976; Rasmussen Vs. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984.

<sup>2026</sup> OC-18/2003.

<sup>2027</sup> Que partió del emblemático Caso Belga de 1968 del TEDH.

<sup>2028</sup> Caso Andaluzis y otros Vs. Reino Unido, párr. 78.

<sup>2029</sup> Casos: Inze Vs. Australia, 1987, párr. 41; Hoffman Vs. Australia, 1993, párr. 36; Cyprus Vs. Turkey, 2001, párr. 306, respectivamente.

<sup>2030</sup> Como se señaló en STC 81/82.



desarrollos al respecto, pero sí la Corte Constitucional de Colombia, que al referirse a la existencia de categorías sospechosas de discriminación, consideró que debe no solo debe existir una justificación objetiva y razonable, sino que además para que exista una diferencia de trato debe haber un interés especialmente relevante, que responda a una necesidad social imperiosa<sup>2031</sup>.

La diferencia de trato a categorías sospechosas, de manera injustificada y sin que exista ningún interés importante, equivale a discriminación que es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en motivos de raza, sexo, religión, etc. etc.; discriminación que puede ser directa cuando por motivos raciales u otros, una persona es tratada de manera menos favorable, de lo que sea tratada en otra situación comparable<sup>2032</sup>; a su vez, la discriminación indirecta, parte del razonamiento que tuvo un Tribunal nacional, que se refirió a la existencia de prácticas, que aunque neutrales en su intención resultarían discriminatorias<sup>2033</sup>, o como entendió un tribunal internacional, en sentido de que se trataría de prácticas aparentemente neutras que ponen a personas determinadas en desventaja particular respecto a otras<sup>2034</sup>.

El Tribunal Constitucional de España, ha definido a la discriminación indirecta como aquella que: “incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas ... consecuencias desiguales perjudiciales”<sup>2035</sup>, o aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que deriva por las condiciones fácticas, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo sobre otro<sup>2036</sup>. La discriminación indirecta, de raigambre de años atrás, se la empezó a desarrollar en el TEDH, a partir del 2006, cuando se aplicó un criterio de diferenciación jurídico en principio

---

<sup>2031</sup> Sentencia C-673/01, punto 7.2.

<sup>2032</sup> Como se señala en el art. 2.2.a, de la Directiva 2000/43/CE.

<sup>2033</sup> El Tribunal Supremo Federal Norteamericano, en el caso Griggs Vs. Duke Power Company, Sentencia de 08 de marzo de 1971.

<sup>2034</sup> TJUE, casos Rinner-Kühn, de 1989, Royal Conpenhagen, de 1995, Hilde Schönheit, de 2003, entre otros

<sup>2035</sup> STC 145/1991, de 1 de Julio, donde se constata que las recurrentes (trabajadoras de limpieza de un Hospital), recibían menor salario que trabajadores que realizaban trabajo igual, pero que habían sido clasificados dentro de una categoría dentro del convenio.

<sup>2036</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre; en sentido similar otras STC 154/2006, de 22 de mayo; 3/2007, de 15 de enero; entre otras.

neutro que dio lugar a un resultado dañoso o perjudicial con referencia a una minoría racial en desventaja<sup>2037</sup>.

En América la Corte IDH, también asume la doctrina de la discriminación indirecta, cuando considera que: “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”<sup>2038</sup>. Tribunales estatales, como el Tribunal Constitucional del Perú, considera que la discriminación es indirecta, cuando existen: “tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo”<sup>2039</sup>; lo que implica que una medida aparentemente imparcial, puede ocasionar discriminación.

Existen importantes doctrinas desarrolladas por el TEDH, pero que no tienen mayor eco en otros tribunales estatales e internacionales, así se tiene la denominada “doctrina de la discriminación por indiferenciación” o el derecho a la diferencia de trato normativo, que se empezó a gestar en el Caso Lingüístico Belga de 1968, pero se profundizó el año 2000 en el Caso Thlimmenos Vs. Grecia, cuando se reconoció la no discriminación como un derecho, que: “es también transgredido cuando, sin justificación objetiva o razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes”<sup>2040</sup>, de esta forma se amplía el campo de acción del art. 14 del CEDH, aunque no siempre se reconoció la vulneración precisamente de esa norma, sino de otras relacionadas<sup>2041</sup>. Esta doctrina ha dado lugar a pronunciamientos

---

<sup>2037</sup> Caso D.H y otros Vs. República Checa, de 07 de febrero de 2006, caso en el que la diferencia en principio neutra se expresaría en la capacidad intelectual de los niños gitanos, en referencia a su ingreso a un tipo u otro de escuela. A través de este caso, la discriminación indirecta “ha adquirido carta de naturaleza en la jurisprudencia que resume la Gran Sala ..., también conocido como caso Ostrava”, así considera Rene Santamaría Arinas: “Prohibición..., op. cit., p. 684; en igual sentido de lo señalado por Fernando Rey Martínez: “La discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, disponible en <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/discriminacion.htm>, quién al referirse a las sentencias anteriores del TEDH, señala que: “examinaban discriminaciones directas (bastante “gruesas” por lo demás). Ahora tenía ante sí, por primera vez, un asunto de discriminación indirecta (Caso Ostrava).”.

<sup>2038</sup> OC-18/03, párr. 103.

<sup>2039</sup> Así se indicó en la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional del Perú, correspondiente al EXP. N.º 05652-2007-PA/TC, párr. 47 citado.

<sup>2040</sup> Caso Thlimmenos Vs. Grecia, Sentencia de 06 de abril de 2000.

<sup>2041</sup> Posteriormente la doctrina de la discriminación por indiferenciación, ha sido utilizada en muchas Sentencias, así en el caso Fretté Vs. Francia, de 26 de febrero de 2002, Pretty Vs. Reino Unido, de 29 de abril de 2002, Zeman vs. Austria, de 29 de junio de 2006, entre muchas otras.

expresos del Tribunal Constitucional de España, que considera que el campo del art. 14 de la CPE (cuya regulación es similar a la del CE) es ajeno a la doctrina, es que: “la discriminación por indiferenciación, no consagra el principio de igualdad como un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho normativo desigual”<sup>2042</sup>; la diferencia de trato normativo pero como un derecho, tampoco ha sido asimilada por la Corte IDH y tribunales estatales americanos.

A su vez, la doctrina del margen de apreciación nacional, desarrollada por el TEDH, implica el reconocimiento que este tribunal internacional realiza, a favor de los Estados partes, que tienen cierto margen de discrecionalidad en la interpretación de la violación o no del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación a grupos vulneraciones, margen que variará según las circunstancias, los asuntos y el contexto; reconociéndose en unos casos como vulnerada la prohibición de discriminación<sup>2043</sup> y en otros casos se llegó a conclusiones contrarias, en sentido de que el Estado, si bien poseía un margen de apreciación, no ha transgredido el principio de proporcionalidad e igualdad<sup>2044</sup>. Esta doctrina, no ha sido asumida por la Corte IDH, ni por tribunales estatales americanos<sup>2045</sup>.

Las interpretaciones diversas que puede tener el TEDH, con relación a razonamientos de la Corte IDH, como de tribunales estatales, sean éstos europeos (como el TCE) o americanos, con relación a las doctrinas de discriminación por indiferenciación y del margen de apreciación nacional, llegan a encontrarse cuando se habla de la doctrina de la acción positiva de los Estados (que tiene conexión con aquellas otras doctrinas), que implica la existencia de medidas destinadas a grupos sistemáticamente excluidos, otorgándoles un trato preferencial, como una manera de sacarlos de la marginación y lograr una igualdad real, o también conllevan la existencia de obligaciones positivas de los Estados, por ejemplo dictar normas u otras, que traten de manera más favorable,

---

<sup>2042</sup> SSTC 86/1985, de 10 de julio; 52/1987, de 07 de mayo; 241/2000, de 16 de octubre; 88/2001, de 2 de abril; 69/2007, de 16 de abril.

<sup>2043</sup> Caso Abdulaziz y otros Vs. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985.

<sup>2044</sup> Caso Rasmussen Vs. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984.

<sup>2045</sup> Todo ello, por las razones expresadas en el punto III.2.2.3. del presente trabajo.

aquellas personas que por alguna razón se encuentran en una situación de desventaja social, como reconoció de manera muy abundante el TEDH<sup>2046</sup>.

El Tribunal Constitucional de España, en el mismo sentido de lo expresado por el TEDH, se ha referido a las acciones positivas, como aquellas que permiten corregir situaciones de especial marginación, sin que ello suponga un atentado al principio de igualdad; así se da por ejemplo, en el ámbito laboral, en el que el Estado debe dar medidas que permitan corregir la desigualdad entre hombres y mujeres, concediéndose a las mujeres determinadas ventajas, beneficios o incentivos, en materia de seguridad social<sup>2047</sup>.

Los criterios que desarrolló el TEDH en materia de obligaciones positivas<sup>2048</sup>, han sido asumidos de manera expresa por la Corte IDH, por ejemplo cuando señaló que las obligaciones positivas de los Estados deben interpretarse de forma que no se impongan a las autoridades una carga imposible o desproporcionada<sup>2049</sup>; también se expresó la obligación (positiva) que tienen los Estados de asumir medidas que sean necesarias: “considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”<sup>2050</sup>, o que: “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”<sup>2051</sup>.

Con referencia a tribunales de la región, han asumido de manera implícita, esa jurisprudencia relativa a las obligaciones positivas de los Estados; así tratándose de la Corte Constitucional de Colombia, señala que la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, promueven la igualdad real y efectiva<sup>2052</sup>; a su vez el Tribunal Constitucional del Perú considera el deber que tiene el Estado, de asumir acciones positivas o medidas afirmativas,

---

<sup>2046</sup> Caso Marckx Vs. Bélgica, de 13 de junio de 1979; Caso Airey Vs. Irlanda, de 09 de octubre de 1979; Caso Johnston y otros Vs. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986; Caso López Ostra Vs. España, de 09 de diciembre de 1994; Stjerna Vs. Finlandia, 25 de noviembre de 1994; Osman Vs. Reino Unido, de 28 de octubre de 1998; Kilic Vs. Turquía, de 28 de marzo de 2000.

<sup>2047</sup> Así se señaló en STC 127/1987, de 16 de julio; en sentido similar en STC 19/89.

<sup>2048</sup> Caso Osman Vs. Reino Unido, de 28 de octubre de 1998, en la que se expresó que la: “obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.

<sup>2049</sup> Caso de la Masacre del Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 124; Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155.

<sup>2050</sup> Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 201.

<sup>2051</sup> OC-18/03, párr. 104.

<sup>2052</sup> C-410/94, C-082/99, C-371/00, C-112/00, entre muchas otras.

que compensan desventajas históricas y sociales<sup>2053</sup>; al igual que el Tribunal Constitucional de Bolivia, que señala que a fin de proteger a los más débiles, el Estado debe realizar acciones afirmativas, estableciéndose políticas a favor de determinados grupos sociales, con el fin de compensarles, por los perjuicios, discriminación y exclusión del pasado<sup>2054</sup>.

Entre los grupos sociales más vulnerables, respecto a los que los Estados están obligados a darles especial protección, a través de acciones afirmativas y medidas de acción positiva, están todos aquellos colectivos que por algún motivo han sufrido discriminación, sea por sexo (mujeres-hombres), raza (indígenas), origen nacional (extranjeros) u otros motivos de discriminación.

Tratándose del principio de no discriminación por razón de sexo, es interesante analizar la jurisprudencia que al respecto han desarrollado tribunales internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, así en el ámbito de igualdad entre mujeres y hombres trabajadores, y su vinculación a derechos sociales, el TEDH entendió que en materia de pensiones, la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas, constituía una violación de la prohibición de discriminación<sup>2055</sup>, al igual que se produce ese tipo de violación cuando los viudos se encuentran en imposibilidad de beneficiarse de la prestación de las viudas<sup>2056</sup>, normas discriminatorias contra los hombres que sin justificación solo benefician a las mujeres. En la línea, pero en otra situación, el Tribunal Constitucional de España hace referencia a la existencia de normas excesivamente protectoras a favor de las mujeres trabajadoras (por ende con derechos sociales), que pueden llegar a provocar su discriminación, señalándose que: “la desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas”<sup>2057</sup>, medidas que están vinculadas a la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino, que pueden suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones que los varones<sup>2058</sup>.

---

<sup>2053</sup> Exp. 0001/0003-2003-AI/TC; 05652-2007-PA/TC, punto 3.27, entre otras.

<sup>2054</sup> SSCC 1187/2013, 1631/2012, 0989/2011-R, entre otras.

<sup>2055</sup> Caso Wessels-Bergervoet Vs. Holanda, de 14 de junio de 2002. Las diferencias de trato que establecen las legislaciones nacionales, respecto a derechos laborales y sociales de mujeres y hombres trabajadores, ya fue analizado por el TEDH en el caso Petrovic Vs. Austria, de 27 de marzo de 1998.

<sup>2056</sup> Caso Willis Vs. Reino Unido, de 11 de junio de 2002.

<sup>2057</sup> STC 3/1993.

<sup>2058</sup> STC 28/1992.

Asumiendo de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH (OC-4/84), referida al principio de igualdad que prohíbe la discriminación o la desigualdad de tratamiento legal de manera injustificada por no ser razonable ni proporcional (que deviene de lo dicho por el TEDH), el Tribunal Constitucional de Bolivia declaró inconstitucional aquella norma laboral-social, que establecía desigualdad de trato del hombre con relación a la mujer, pues exigía mayores requisitos a los primeros (solo podía darse a los inválidos y no a los que estaban sanos), para ser beneficiarios de los servicios de salud de la Caja<sup>2059</sup>.

Otras violaciones al principio de igualdad y la prohibición a la no discriminación, por razón de sexo, se da frente a lamentables casos de violencia contra las mujeres, como reconoció de manera reiterada la Corte IDH, cuando ha constatado que en infinidad de oportunidades, las mujeres han sido víctimas de violencia, al haber sido maltratadas, violadas, asesinadas<sup>2060</sup>. En este tipo de protección, no deja de llamar la atención el Caso Campo Algodonero Vs. México de la Corte IDH, en el que se asumió de manera expresa la jurisprudencia del TEDH, cuando se reconoció: “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica (lo que) viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”<sup>2061</sup>.

La pasividad de las autoridades públicas, desconoce la obligación que tienen de realizar y ejercitar acciones positivas que mejoren la situación de las mujeres, permitiendo que salgan del campo de la igualdad que muchas veces no deja de ser formal, hasta alcanzar la igualdad real o material, que solo se logra cuando el Estado crea normas e implementa políticas públicas (acción positiva), que tengan en cuenta la vulnerabilidad de las mujeres, como consecuencia de la violencia, de la diferencia de trato no justificada, de las relaciones laborales, etc. etc. Tribunales estatales, como la Corte Constitucional de Colombia, reconoce la

---

<sup>2059</sup> SC 0062/2003, de 3 de julio, que declara inconstitucional los incisos a) y c) del art. 14 CSS. El TC entiende que la regulación se justificaba en aquella época en que se dictó el Código de Seguridad Social, que respondía a una realidad social diferente a la actual, en la que fue necesario adoptar medidas de protección hacia la mujer, ya que el proveedor del hogar, en ese tiempo, era sobre todo el varón, y la esposa se encontraba en una situación de inferioridad de condiciones en lo que respecta a la educación, a la economía y al trabajo que le estaba permitido realizar, lo que con el tiempo cambió.

<sup>2060</sup> Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, de 29 de abril de 2004, párr. 42.18; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, párrs. 292, 303, 308, 312 y otros.

<sup>2061</sup> Caso Campo Algodonero Vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2006, en cuyo párrafo 396, se asumió expresamente la jurisprudencia de la Corte Europea de Derecho Humanos, relativa al caso Opuz Vs. Turquía, Sentencia de 09 de junio de 2009, párrs. 180, 191 y 200.

especial protección que debe dar el Estado a la mujer, para garantizar la igualdad real y efectiva de sus derechos<sup>2062</sup>; o como señaló el Tribunal Constitucional del Perú, que establece la necesidad de terminar con la situación de inferioridad de la mujer, para asegurar la igualdad real de la misma, debiéndose prohibir toda discriminación en razón de sexo<sup>2063</sup>.

La prohibición de no discriminación, también se da con relación a otros grupos vulnerables, como son los extranjeros y migrantes, que por causa de su origen nacional, muchas veces sufren lesión en sus derechos al trabajo, la vida, libertad, etc. Así el TEDH ha condenado la discriminación basada en la nacionalidad, afirmando que son razones fuertes que permiten una diferencia de trato basada en la nacionalidad<sup>2064</sup>; asimismo, resulta vulnerada la prohibición de discriminación, cuando no se concede una prestación por incapacidad a un extranjero<sup>2065</sup>; o cuando se priva a un ciudadano de otra nacionalidad, la admisión en el sistema de seguridad social<sup>2066</sup>.

El Tribunal Constitucional de España, en la misma línea protege a los migrantes o no nacionales o extranjeros de conductas que sean discriminatorias, así por ejemplo se reconoce en su favor los derechos señalados en la Constitución, no resultando posible un tratamiento desigual respecto de los españoles, por tener condiciones equiparables<sup>2067</sup>; también se reconoció que un migrante empleado por una empresa española, no puede ser excluido de la prestación de desempleo a la que tienen derecho trabajadores nacionales, si cumplen con las previsiones legales que regula la prestación<sup>2068</sup>; tampoco es permitido la discriminación salarial por razón de nacionalidad<sup>2069</sup>.

En América la Corte IDH en la OC-18/2003 estableció la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales de los migrantes, independientemente de la situación irregular en la que se encuentren, también reconoció que el migrante al asumir una relación de trabajo adquiere derechos laborales<sup>2070</sup>; la Corte Constitucional de Colombia, asumió de manera expresa la

---

<sup>2062</sup> Sentencia C-101/05, punto 3.4.

<sup>2063</sup> Exp. 05652-2007-PA/TC, punto 4.48.

<sup>2064</sup> Caso Gaygusuz Vs. Austria, de 16 de septiembre de 1996.

<sup>2065</sup> Caso Koua Poirrez Vs. Francia, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>2066</sup> Caso Luczak Vs. Polonia, de 27 de noviembre de 2007.

<sup>2067</sup> SSTC 107/1984; 95/2000.

<sup>2068</sup> STC 130/1995.

<sup>2069</sup> STC 34/2004.

<sup>2070</sup> OC-18/2003, párr. 173.

jurisprudencia sentada en la OC-18/2003, cuando señaló que se deben respetar derechos de migrantes, con independencia de la situación irregular en la que se encuentren<sup>2071</sup>.

#### **V.4. EN BUSCA DE UN DIÁLOGO CONSTRUCTIVO Y CRÍTICO**

En pleno Siglo XXI, nadie puede desconocer el reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos, tendiente a proteger la dignidad de las personas; como consecuencia de las guerras mundiales que se dieron en el Siglo XX, se produjo un movimiento internacional en aras de salvaguardar por todos, los derechos humanos de las personas, con independencia del Estado del que forme parte, o lo que es lo mismo, frente al propio Estado de la persona o en relación a otros Estados del que no es nacional, suscribiéndose al efecto entre todos los Estados, unos Tratados o Convenciones con ese fin.

Asimismo, ese movimiento internacional que se ha generado en defensa de los derechos humanos, a partir del contenido de las mismas normas Convenciones, ha alcanzado en sus efectos a todos los Estados, que en sus regulaciones normativas internas, acogieron esos derechos, ampliándose de manera extraordinaria catálogos de derechos fundamentales en las Constituciones Políticas de los Estados, descendiendo esa regulación protectora, hacia las normas infra constitucionales.

Esa protección que se ha ido dando a través de sistemas tanto universales como regionales, ha ido creando una interacción no solo a nivel normativo (en cuanto unas normas universales, han influido a las regionales y éstas a las estatales, viceversa), sino también una interacción y relación entre la actividad jurisdiccional y las interpretaciones que sobre los derechos, han dado los órganos de protección regional como el TEDH y Corte IDH, con los máximos órganos jurisdiccionales estatales, viceversa. Es en ese último ámbito, que con el presente trabajo se ha pretendido desentrañar la existencia o no de un diálogo jurisprudencial real, que no está ajeno a las tensiones y observaciones, que de manera natural se produce en cualquier tipo de relación.

---

<sup>2071</sup> Sentencia C-288/09, punto 7.2.1.



La existencia de un sólido crecimiento entre el derecho internacional de los derechos humanos, con el desarrollo constitucional y procesal constitucional de cada uno de los Estados, ha permitido fortalecer la protección de los derechos humanos a todo nivel (internacional-nacional, o inter estatal-estatal), produciéndose en cada uno de estos niveles, interacciones y relaciones, que no están exentas de dificultades que se presentan en la interpretación de los derechos que, dentro del SIDH, hace la Corte IDH, interpretación que debe ser asumida por Tribunales Supremos y/o Cortes Constitucionales americanas, en mérito a las obligaciones convencionales y los alcances del control de convencionalidad, con los efectos de la cosa juzgada e interpretada (*inter partes* y *erga omnes*), respectivamente.

En el marco de los arts. 1.1. y 2 de la CADH, los Estados partes de la Convención garantizan el respeto de los derechos y libertades reconocidos en ese instrumento internacional y, en el caso de que dichos derechos y libertades no estuviesen garantizados en disposiciones legislativas, conforme al principio de derecho internacional del *effet utile*, se obligan a asumir las medidas legislativas u otras que fueren necesarias, para hacer efectivo su disfrute; entre otras medidas, está que las autoridades del órgano judicial, realicen el denominado control de convencionalidad, como un mecanismo a través del cual, en un caso concreto, han de constatar que el derecho interno se adecúa a la Convención y a la interpretación que de ella haga la Corte IDH.

La fuerza interpretativa de la Corte IDH se legitima, si los destinatarios comparten a plenitud los razonamientos del intérprete del texto convencional, lo que puede darse a cabalidad dentro de una cultura muy homogénea, que tenga la misma visión, las mismas prácticas, similares aspiraciones y otros, situación que difícilmente se da en América, más aún considerando que se trata de sociedades cargadas con diversidad de costumbres, idiomas, culturas, economías, política, etc., aunque en cualquier ámbito, tengan puntos de contacto.

La fuerza de la realidad, lleva a constatar que las interpretaciones que realiza la Corte IDH, no siempre son bien recibidas por los destinatarios finales, que son los miembros (autoridades públicas o no) de cada uno de los Estados que forman parte de la OEA, existiendo posiciones que buscan negar la autoridad interpretativa final de la Corte IDH de normas convencionales, como se ha referido en el punto III.3. del presente trabajo, al hacer mención a las diversas

causas que provocan tensiones en las relaciones de la Corte IDH con otros tribunales, lo que ha provocado que como consecuencia de dichas tensiones, fricciones y desconcierto, exista inseguridad.

Al estar dentro de un SIDH que no está 100% consolidado en la actualidad, estando: “en medio de un proceso de enorme complejidad, (en el que hasta) es difícil sacarle fotos porque salen movidas”<sup>2072</sup>, hay que esforzar por encontrar caminos que permitan transitar de la mejor manera el puente de diálogo que une a la jurisdicción internacional con las estatales, que busquen soluciones armoniosas, y que dejan de estar tensionadas las relaciones, en aras a consolidar la protección internacional, en la medida en que: “ambas instancias jurisdiccionales no apuntan a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro homine* de los derechos humanos”<sup>2073</sup>; todo lo que se puede vislumbrar a partir de la experiencia que tienen tribunales internacionales (TEDH y Corte IDH) y algún tribunal estatal, como se pasa a expresar.

Uno de los elementos que puede ayudar a encontrar un equilibrio entre la jurisdicción internacional con la estatal, es la doctrina del “margen de apreciación nacional” desarrollada en Europa, pero con ciertos matices distintos, no así en la más pura forma de su construcción original -que con cierta generalidad se aplica en la actualidad, pese a no ser una forma plenamente recomendada-, que implica la derivación que hace el TEDH hacia los tribunales nacionales, para que sean éstos los que otorguen la protección demandada, por ser quienes conocen mejor de la realidad, que es diversa.

Uno de los matices que se da dentro de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, está vinculado a la existencia de un grupo de decisiones que establecen estándares comúnmente aceptados -o no- por el “consenso europeo”, a partir de lo cual se fija un mínimo denominador común a respetar, vinculado a la defensa de los derechos humanos. Este tipo de sentencias se emiten frente a la denuncia de una determinada vulneración de derechos, que provoca al TEDH razonar sobre el alcance del hecho sucedido, estableciendo sus consecuencias jurídicas en el contexto internacional (al margen de que el Estado denunciado haya ratificado o no un Tratado de protección de los derechos

---

<sup>2072</sup> Fernando Basch: “Sobre la ...”, op. cit.

<sup>2073</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 17.

humanos o la Convención), conjugando con el sentir de la comunidad internacional, a lo que denomina “consenso europeo”, establecido aquello queda clara la posición que al respecto asume el TEDH, con relación a la protección o no del hecho denunciado como violario de derechos humanos, dejando en manos del Tribunal Nacional que conoce su realidad, la determinación que se entiende deberá ser conforme a las obligaciones internacionales y de acuerdo al principio *pro homine* de los derechos humanos.

Un ejemplo de estos razonamientos, se habría dado en el caso Tyrer contra Reino Unido, en el que adujo que los castigos corporales en escuelas británicas, no repugnaban a los habitantes de la Isla Man, sin embargo el Tribunal entendió que los castigos corporales molestaban a la sensibilidad mayoritaria del resto de los europeos<sup>2074</sup>; con ello se reconoció la existencia de un denominador común mínimo que se debía respetar.

Otro caso a estudiar corresponde al de Soering Vs. Reino Unido, en el que estaba en debate la extradición de un acusado por homicidio a Virginia, donde se contempla la pena de muerte, el TEDH parte su análisis reconociendo que en la mayor parte de los Estados de Europa ya no existe la pena capital, concluyendo que por ese “consenso europeo” aunque el Reino Unido no había ratificado el Protocolo de su abolición, debía pronunciarse al efecto, teniendo en cuenta que la espera a la pena de muerte pasará a estar dentro de los malos tratos prohibidos<sup>2075</sup>.

Resulta también significativo el razonamiento que se dio en el Caso Tremblay Vs. Francia, en el que a *contrario sensu* del “consenso europeo” se refirió a la “inexistencia de un consenso europeo”, en sentido de que la prostitución tenga un carácter estrictamente degradante<sup>2076</sup>.

Con este tipo de razonamiento, la doctrina considera que se ha creado el “principio de integración funcional”, a través de una especie de armonización cultural que propicia la unión más estrecha de los europeos, razonamientos que partirían de lo expresado en el Estatuto del Consejo de Europa y en el preámbulo

---

<sup>2074</sup> Caso Tyrer Vs. Reino Unido. Sentencia de 25 de abril de 1978.

<sup>2075</sup> Caso Soering Vs. Reino Unido. Sentencia de 07 de julio de 1989.

<sup>2076</sup> Caso Tremblay Vs. Francia. Sentencia de 11 de septiembre de 2007.

de la CEDH<sup>2077</sup>. Sea que esa posición lleve a la construcción o no de un nuevo principio, lo cierto es que con el razonamiento del “consenso europeo”, se evidencia que se deja a los Estados un margen de apreciación nacional pequeño, frente a un control europeo amplio de protección a los derechos humanos, con lo que en alguna medida se logra equilibrar las relaciones entre el tribunal internacional, con el tribunal estatal, en un diálogo de evidente construcción y consolidación de la defensa de los derechos del ser humano.

En el caso americano, la recepción de la doctrina del “margen de apreciación nacional” en su más estricto sentido es muy reducida o casi inexistente, prácticamente reducida a un solo caso; tampoco asumió la Corte IDH dicha doctrina del “margen de apreciación nacional”, en una vinculación a la existencia de un supuesto “consenso americano” (que sería muy interesante), a diferencia de lo que ocurre en el TEDH que de manera muy constructiva, se refiere al denominado “consenso europeo”.

No se puede obviar en el presente análisis, otro extraordinario razonamiento que ha ido dando a interior de la Corte IDH, que con alguna lógica de la doctrina del “margen de apreciación nacional” (no en su sentido puro), estableció formas de protección de los derechos y garantías, pero a su vez, fija claros límites a los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados parte, en cuanto a la tutela que deben dar a los mismos, que tendrá que ser sin afectar el contenido esencial o el núcleo irreductible de los derechos y garantías convencionales y constitucionales.

Un caso interesante es el conocido como Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, en el que se reconoció que, de acuerdo al objeto y fin de la CADH, el derecho al recurso contra resoluciones judiciales: “debe ser un recurso ordinario eficaz, mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”.<sup>2078</sup>; si bien se reconoce cierta discrecionalidad al Estado, sin embargo

---

<sup>2077</sup> Este principio ha sido denominado así por Javier García Roca: “El preámbulo ..., op. cit., p. 39; al igual que lo que señaló el mismo autor en otro trabajo, denominado: “El diálogo ... ¿, op. cit., p. 200 *in fine*.”

<sup>2078</sup> Sentencia de 02 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), párr. 161.

se fijan los límites dentro de los cuales los jueces nacionales deben efectivizar el derecho a plantear un recurso.

Resulta interesante el análisis que se realiza en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, en el que se: “recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento” debiendo “ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad”<sup>2079</sup>; lo que implica que corresponde a las autoridades judiciales nacionales establecer las medidas cautelares (fijadas en el orden interno), pero cumpliendo el deber de la racionalidad (motivación).

Es también importante el análisis que se realizó en el Caso Castañeda Gutman Vs. México, en el que a tiempo de señalar la inexistencia de un modelo electoral único, se reconoce en algo la existencia de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, para articular requisitos y restricciones en el ejercicio de los derechos políticos, señalándose que: “siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos”<sup>2080</sup>; vale decir que se puede restringir un derecho político, en la medida que no sea irrazonable.

No resulta menos relevante el caso Escué Zapata Vs. Colombia, en el que en un voto razonado de un juez ad-hoc de la Corte IDH, se expresa que la Sentencia de la Corte IDH, aspira a que las investigaciones penales avancen de manera debida, a tal efecto, los: “mecanismos de comunicación procesal están establecidos en la leyes nacionales donde los Estados tienen un amplio margen de apreciación, pero (se tiene que) evitar que el deber de comunicación e información a las víctimas sea incompletamente cumplido mediante meras notificaciones formales de decisiones sin contexto, sin perspectiva o sin

---

<sup>2079</sup> Sentencia de 21 de noviembre de 2007, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 107.

<sup>2080</sup> Sentencia de 06 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 155.

esperanza.”<sup>2081</sup>; lo que implica que los mecanismos de comunicación procesal pueden estar establecidos por la ley, pero en la práctica se tiene que evitar que una comunicación de ese tipo sea incumplida.

Con el análisis de los casos señalados, se constata que vía jurisprudencial, la Corte IDH ha dado a los jueces nacionales, un cierto “margen de apreciación nacional” para establecer medios de protección de los derechos humanos, sin embargo, se constriñe a la realización de un estricto control de convencionalidad en la valoración de los derechos, que no pueden sufrir limitaciones arbitrarias, sino por causas debidamente motivadas y fundamentadas, cuidándose con ello el contenido esencial de los derechos. Respecto a ese cierto “margen de apreciación nacional”, que permite valorar las particularidades de cada uno de los Estados, hay que cuidar que el mismo no se convierta en: “un margen de arbitrariedad”<sup>2082</sup>, para ello nada mejor que el establecimiento de mínimos, como se ha efectuado en la jurisprudencia interamericana señalada.

En el desarrollo de la jurisprudencia del TEDH, también se ha dado otro matiz a la doctrina tan cuestionada del “margen de apreciación nacional”, vinculada a la doctrina del “control de convencionalidad”, aunque también con otras tonalidades a las que se da en el caso americano.

El TEDH a fin de determinar que se produjo o no una vulneración a los derechos convencionales, realiza un control a las regulaciones normativas y constitucionales de los Estado parte, en caso de constatar una causa estructural de violación de derechos, puede utilizar: “una modalidad de iniciativa del órgano jurisdiccional consistente en la previsión, confiada a la discrecionalidad del tribunal internacional, de dirigirse al legislador estatal pidiéndose la adaptación de medidas compatibles con los tratados de modo que se eliminen los motivos de fricción entre el juez internacional y estatal”<sup>2083</sup>, o lo que es lo mismo, corresponderá al juez internacional efectuar una invitación o una recomendación al Estado en sentido de modificar tal o cual regulación, dejando que sean los propios Estados (con algo del margen de apreciación nacional), los que

---

<sup>2081</sup> Sentencia de 05 de mayo de 2008, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, voto concurrente del juez *ad-hoc* Diego Eduardo López Medina, párr. 9. Este fallo se ha dado dentro del proceso de supervisión del cumplimiento de una sentencia, que permite establecer los medios procesales que aseguran su cumplimiento.

<sup>2082</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 42.

<sup>2083</sup> Guiseppe de Vertogotti: *Más allá ...*, op. cit., p. 109.

establezcan la forma o la manera para revisar sus leyes, adecuándolas a las normas convencionales de protección de los derechos humanos.

Muchos son los casos en ese sentido, por ejemplo cuando se dejó en manos del Estado el tema del suicidio asistido<sup>2084</sup>; asimismo el TEDH considera que el encarcelar a un testigo de Jehova por rechazar hacer el servicio militar implica una violación al Convenio, invitando al Estado demandado a reconocer la objeción de conciencia en su legislación<sup>2085</sup>; también frente a una barrera electoral muy elevada en Turquía, el Tribunal no declaró esa medida como violatoria al derecho al sufragio pasivo, pero si recomendó al Estado en nueva legislación rebajara a un umbral razonable los límites de esa barrera electoral<sup>2086</sup>; igual que se dio en el caso sobre los cánones habitables, en el que el TEDH solicitó al Estado demandado que aprobara una legislación que superara la violación de derechos individuales<sup>2087</sup>; otros ejemplos están vinculados al caso vinculado a la regulación de correspondencia para los detenidos<sup>2088</sup>, habiéndose indicado las medidas legislativas para esa regulación, al igual que la regulación del proceso en contumacia<sup>2089</sup>.

Estos casos y otros, evidencian como el TEDH llega a: “solicitar al legislador estatal que adopte las medidas necesarias, compatibles con los tratados, para hacer desaparecer los motivos de fricción entre la jurisdicción nacional y aquella”<sup>2090</sup>, o lo que es lo mismo el TEDH corrige una situación de difícil encaje en el sistema del Convenio, sin llegar hacer un control de convencionalidad de la ley que de manera estricta y dura realiza la Corte IDH, que directamente ordena o instruye al órgano legislativo de cada uno de los Estados, supriman una ley, la reformen o sancionen otra conforme a los fundamentos del fallo internacional, como se reconoció por prestigiosos doctrinarios como Giuseppe de Vergottini, que al referirse a los fallos de la Corte IDH considera que en los mismos se da: “la imposición de la modificación de la legislación ... (que) puede ser de índole legislativa, pero no sólo ello, ya que cabe requerirse en algunas hipótesis, incluso,

---

<sup>2084</sup> Caso *Pretty Vs. Reino Unido*, Sentencia de 29 de abril de 2002.

<sup>2085</sup> Caso *Bayatán Vs. Armenia*. Sentencia de 17 de julio de 2011.

<sup>2086</sup> Caso *Yumak y Sadak Vs. Turquía*. Sentencia de 08 de julio de 2008.

<sup>2087</sup> *Cas Hutten-Czapska Vs. Poland*, Sentencia de 22 de febrero de 2005.

<sup>2088</sup> Caso *Mesina Vs. Italia*, Sentencia de 28 de septiembre de 2000.

<sup>2089</sup> Caso *Sejdovic Vs. Italia*, Sentencia de 10 de noviembre de 2004.

<sup>2090</sup> Giuseppe de Vergottini: “El diálogo ...”, op. cit., p. 347.

la necesidad de una reforma constitucional<sup>2091</sup>, lo que sin duda ha generado mucho descontento, tensiones y resistencia a los fallos de ese tribunal internacional americano, que llegan a tener problemas en su ejecución y cumplimiento, como se detallo en el punto III.3 del presente trabajo (tensiones).

Sería saludable que la Corte IDH asuma determinaciones en el sentido de las realizadas por el TEDH, invitando a los Estados a realizar las reformas legislativas correspondientes; es que una cosa es que un órgano internacional se dirija a uno nacional, efectuando una invitación o una recomendación a un Estado para que modifique tal o cual norma interna, a fin de que sea el mismo Estados el que establezca los medios y la forma para cumplir lo ordenado, en una aproximación pragmática y típica de Estrasburgo, que está esperando una respuesta de autoridades nacionales en el diálogo con las directrices que ha fijado en sus sentencias de recomendación<sup>2092</sup>; otra cosa diferente es que lejos de una invitación, sea el Tribunal internacional quién realice medidas de: “imposición de la modificación de la legislación”<sup>2093</sup> supresión, derogación, etc., declarando: “la falta de valor legal de las mismas (leyes) con la consiguiente anulación de las normas”<sup>2094</sup>, como sucedió en el caso Barrios Altos Vs. Perú, cuyas leyes de amnistía, dieron impunidad a las fuerzas de la policía, responsables de una matanza<sup>2095</sup>.

Ese tipo de órdenes verticales al Estado e inclusive a un órgano concreto del mismo Estado (legislativo u otro)<sup>2096</sup>, dentro de un control de convencionalidad de tipo internacional, tiene la virtualidad de dotar de un efecto directo a las Sentencias de la Corte IDH, frente a leyes de los Estados que resultan ser

---

<sup>2091</sup> Op. cit. supra, p. 348.

<sup>2092</sup> Javier García Roca: El Diálogo ..., op. cit., p. 204.

<sup>2093</sup> Guiseppe de Vergottini: *Más allá* ..., op. cit., p. 109.

<sup>2094</sup> Guiseppe de Vergottini: *Más allá* ..., op. cit., p. 105.

<sup>2095</sup> Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001; en este caso, las personas afectadas con la matanza, en vano intentaron invalidar las leyes de amnistía violatorias de derechos, ante el Tribunal Constitucional Local, lo que se consiguió de manera directa, con la intervención de la protección internacional que dio la Corte IDH.

<sup>2096</sup> El que se ordene al Órgano Legislativo el sancionar, suprimir o modificar una ley, es una constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tal el Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001; Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, Sentencia de 27 de febrero de 2002; Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006; Caso Hilarie, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002; Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Gómez Palomino Vs. Perú, Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005; Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Olmedo Bustos Vs. Chile, Sentencia de 30 de mayo de 1999; (las dos últimas referidas a modificaciones constitucionales), entre muchas otras.



violatorias a los derechos humano. Sin embargo tampoco se puede desconocer que en esas circunstancias, el diálogo se hace más tenso, imponiéndose un: “desbordamiento de lo que sería el régimen jurídico de las relaciones Tribunal-Estados, querido en la Convención”<sup>2097</sup>; además con ese tipo de fallos, no siempre se logra la interacción deseada, basta ver que hasta la fecha hay decisiones de la Corte IDH que no se han cumplido a cabalidad, pese al tiempo transcurrido.

Considerando que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de cada uno de los Estados, deben formar uno solo, integrado y articulado, entre fuentes *extra* e *intra* del Estado, en busca de una protección real del ser humano, dentro de un sistema universal, regional y estatal, al ser: “medular (la) cuestión de los derechos humanos (que) es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional”<sup>2098</sup>; a partir de dicha visión, se tiene que en el SIDH, la protección convencional, resulta ser coadyuvante o complementaria de los ordenamientos estatales<sup>2099</sup>, como se entiende del párrafo segundo del Preámbulo de la CADH.

Al ser las jurisdicciones internacional y estatal, unas de tipo complementario y no excluyentes, deben actuar en permanente colaboración para lograr la protección del ser humano; en ese escenario es necesario referirse al “control de convencionalidad” que no solo se realiza en sede internacional (con el problema antes comentado y solución propuesta), sino también se da dentro del ámbito interno de cada uno de los Estados, donde las autoridades nacionales, tienen el deber de contrastar la compatibilidad o no de las normas internas con las normas convencionales, así como asumir el entendimiento de los derechos convencionales que ha sido dado por la Corte IDH, que puede ordenar al Estado que adopte las medidas legislativas o de otro carácter para asegurar la protección de los derechos humanos, en el marco de lo regulado por el art. 2 de la CADH.

En aquellos casos en los que el tribunal internacional, ha ejercido un control de convencionalidad externo, exigiendo a un determinado Estado la modificación de su regulación normativa por genérica, incompleta, inadecuada y violatoria de derechos convencionales, surge para el Estado obligado el deber de cumplir tal

---

<sup>2097</sup> Como considera Tanzarella, P., citado por Guiseppe de Vergottini: *Más allá ...*, op. cit., p. 105.

<sup>2098</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 18.

<sup>2099</sup> Basta recordar el carácter subsidiario de la protección internacional que se da dentro del Sistema Interamericano, que solo se habilita, cuando se han agotado los medios internos de defensa de protección de los derechos humanos.

determinación, correspondiendo modificar su legislación en el marco de lo ordenado internacionalmente, lo que no sucede a cabalidad pues los fallos internacionales no siempre se cumplen totalmente sino de manera parcial o inclusive se ha visto casos de incumplimiento y absoluta resistencia<sup>2100</sup>. Cuando una determinación internacional no se ha cumplido o se produjo un cumplimiento parcial por el órgano legislativo del Estado, que no emitió la ley ordenada o lo ha hecho de manera incompleta -al margen de la responsabilidad internacional del Estado-, también surge para los órganos judiciales jurisdiccionales internos el deber de asumir la interpretación y el entendimiento jurisprudencial del tribunal internacional, en el marco del indicado control de convencionalidad interno.

La realización de un control de convencionalidad por los órganos judiciales estatales o el control de convencionalidad operado por la jurisdicción nacional, es un instrumento de diálogo muy importante porque a través del mismo se puede cumplir con la interpretación internacional, dando contenido y aumentando la calidad de una determinada ley, a través de interpretaciones estatales ricas en base a una jurisprudencia que parte de la Corte IDH y que permite una mayor protección de los derechos humanos.

En el caso americano, si bien existen fallos que no se han cumplido o por lo menos no lo han hecho en su totalidad por las autoridades del órgano legislativo que han asumido una conducta omisiva frente a una obligación internacional de modificar tal o cual ley, sin embargo no se conoce que en ese tipo de casos el órgano judicial haya asumido un papel activo aplicando la jurisprudencia internacional a fin de llenar el vacío normativo o asumiendo la interpretación de la Corte IDH para elevar la calidad de una determinada ley y por tanto lograr una mejor protección de los derechos humanos.

En este tipo de situaciones es rescatable la experiencia europea, que se ha dado por ejemplo en España, en el caso de las intervenciones telefónicas. Es de recordar que el TEDH condenó a España porque la normativa aplicable a las intervenciones telefónicas era notablemente genérica, incompleta e inadecuada<sup>2101</sup>; con anterioridad a la primera sentencia condenatoria, España había procedido a reformar la LECrim (art. 579). El mismo TEDH en posteriores casos entendió que la reforma operada no fue lo suficiente adecuada para regular

---

<sup>2100</sup> Como se ha anotado en el punto III.2.1.2. del presente trabajo.

<sup>2101</sup> Caso Valenzuela Contreras Vs. España, de 30 de julio de 1998.

las escuchas y volvió a determinar la condena de España por no haber logrado dar a la ley cuestionada la calidad que requería<sup>2102</sup>. No obstante de ello, con posteridad es el mismo tribunal internacional el que toma otra posición, al no condenar al país y desestimar lo demandado, no porque se hubiera cambiado la legislación como inicialmente se ordeno, sino porque la autoridad jurisdiccional estatal asumió de manera adecuada la interpretación que dio el TEDH elevando el nivel y la calidad de la norma cuestionada<sup>2103</sup>.

El ejemplo mencionado evidencia que se produjo un cambio de posición del TEDH que se debió a que un tribunal estatal como es el Tribunal Constitucional de España tuvo en cuenta y aplicó su doctrina, de tal manera que en la interpretación estatal se procede a complementar los mandatos de la norma extrañados por la interpretación internacional, o lo que es lo mismo la jurisdicción nacional a partir de los entendimientos internacionales llenaron de contenido una norma legal, elevando el nivel protector de los derechos humanos, por tanto su calidad; de ahí que se ha llegado afirmar que la: “labor interpretativa (estatal) ... vino a suplir deficiencias de la regulación legislativa, y ha asegurado la protección de los derechos del Convenio, incluso pese a la inacción del legislador, en estos supuestos, los tribunales han puesto remedio a la inicial: falta de calidad de la ley, apreciada por el Tribunal de Estrasburgo”<sup>2104</sup>, lo que ha provocado que se produzca un verdadero diálogo entre tribunales internacional y estatal (y viceversa) que ha posibilitado que el derecho estatal se adecuó a los niveles de protección exigidos por la jurisdicción internacional.

Se hace votos para que en América se asuman razonamientos semejantes de Europa dentro del control de convencionalidad interno, de tal manera que en casos en los que se hubiera dispuesto condenas contra un Estado por la Corte IDH porque alguna ley carece de la calidad correspondiente, debe abrirse la posibilidad de la corrección de dicha norma interna, no solo a través de la modificación legislativa -que lamentablemente no siempre se cumple-, sino también por medio del diálogo jurisprudencial que realizan los tribunales estatales cuando al resolver un caso concreto acogen y asumen la interpretación internacional, otorgando a la ley cuestionada la calidad pertinente, superando las

---

<sup>2102</sup> Caso Prado Bugallo Vs. España, de 18 de febrero de 2003.

<sup>2103</sup> Caso Coban contra España, de 25 de septiembre de 2006.

<sup>2104</sup> Luis López Guerra: “El diálogo ...”, op. cit., p. 142.

deficiencias normativas vía interpretativa, de esta manera se abre la posibilidad que en el continente americano se genere una comunicación resultado de una colaboración directa del tribunal estatal hacia el tribunal internacional, como forma de otorgar y dar mayor protección al ser humano.

Sea que el “control de convencionalidad” se realice por el órgano de protección regional (internacional) o por el órgano de protección nacional (estatal), o que en esa protección se siga la doctrina del “seguimiento nacional” o del “margen de apreciación nacional” (con los matices señalados), el diálogo que se genera en las relaciones de estos tribunales, no es todavía y en su generalidad, un diálogo “crítico”.

Conforme a la doctrina del control de convencionalidad, todos los Estados deben cumplir con las normas del derecho convencional americano, correspondiendo no solo al juez internacional, sino a los jueces de cada uno de los Estados verificar si las normas internas de cada uno de los países, se adecuan o no a la CADH, acogiéndose a los estándares interpretativos que sobre los derechos hubiera realizado la Corte IDH; en ese escenario, corresponde preguntarse ¿qué sucede cuando un juez local no comparte con los razonamientos vinculantes dados por la Corte IDH?, en estos casos: “la práctica habitual ... es ... modificar líneas jurisprudenciales nacionales sobre la base de los resultados del litigio ante el sistema” interamericano, conforme a los razonamientos dados por el órgano de protección internacional, caso contrario se corre el riesgo de generar responsabilidad internacional, con las consecuencias correspondientes.

En aquellos casos, en los que en el diálogo se produce un desacuerdo entre el juez estatal con la interpretación asumida por la Corte IDH, lo más saludable sería: “trabajar por la modificación de la jurisprudencia interamericana de otros modos: a través de acercamientos político-diplomáticos, a través de políticas claras y dirigidas a la hora de elegir candidatos a renovar de los órganos de control ... o a través de planteos serios, con argumentos esforzados y técnicamente convincentes, en ejercicio de la defensa del estado durante el litigio de casos contenciosos”<sup>2105</sup>; la última posibilidad parece ser la más apropiada, en la medida que se encuentra alejada de intereses políticos y diplomáticos, que no

---

<sup>2105</sup> Fernando Basch: “Sobre la ..., op. cit..”

siempre ayudan a fortalecer el SIDH, a diferencia de la “fuerza de la razón”, que con libertad de pensamiento, puede ejercerla uno de los garantes principales del sistema, que no es otro que el juez o tribunal constitucional de cada uno de los Estados.

En esta línea, no deja de ser emblemático un fallo de la Corte Suprema de la Argentina, de 23 de diciembre de 2004, en el que dicho tribunal nacional expresó una serie de reservas en contra de la jurisprudencia sentada por la Corte IDH en el Caso Bulacio Vs. Argentina, en el que se dispuso la continuación de la investigación de un delito, pese a que había transcurrido el plazo para la prescripción de la acción previsto en la ley nacional, en consecuencia en ese fallo internacional se dio una regla que prohíbe la prescripción para ciertos delitos, referidos a graves violaciones de los derechos humano o crímenes internacionales; en el trámite que dio lugar a fallos nacionales, al inició se declaró la prescripción de la acción, que en el caso concreto, perjudicaba a las víctimas y significaba ir contra la regla establecida en el fallo internacional, dando lugar a que el Tribunal Supremo manifestara:

“la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción de la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas de la protección judicial y, daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino ... Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de la potestad jurisdiccional”<sup>2106</sup>.

A través de ese fallo razonado, se evidencia la disconformidad de un tribunal nacional, con la interpretación de los derechos convencionales, que realizó la Corte IDH, expresando de manera fundada las razones que justifican su posición, sin embargo de ello, como órgano contralor de la convencionalidad interna del Estado, asume la obligación de acatar la jurisprudencia de ese órgano internacional y declara inaplicable al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción.

Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Argentina (como cualquier otro máximo tribunal de justicia de un Estado) -realizando o no apreciaciones críticas- asume expresamente en sus fallos la jurisprudencia o la interpretación que ha dado la Corte IDH en sus determinaciones, ese tipo fallos estatales han sido

---

<sup>2106</sup> Corte Suprema de Justicia de la Argentina (CSJ): Espósito, Miguel Angel, Fallos, 327:5658, de 23 de diciembre de 2004.

objeto de duras críticas por quienes no son partidarios de la doctrina del control de convencionalidad, por tanto del seguimiento nacional, señalándose que:

“La adopción de la doctrina del control de convencionalidad por la CSJN implica una autovinculación de esta misma Corte a un derecho que no forma parte del ordenamiento jurídico interno. Si bien la CADH es parte del ordenamiento jurídico argentino, la jurisprudencia de la Corte IDH no lo es, y, por lo tanto, aceptar que la CSJN pueda crear jurisprudencialmente un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH *sin un fundamento legal o constitucional* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes ... (precisamente, la creación jurisprudencial de una norma que dice que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los tribunales nacionales)”<sup>2107</sup>.

Los razonamientos que pueda realizar un tribunal de un determinado Estado, asumiendo llanamente las interpretaciones que hubiere dado la Corte IDH, o más allá aún, cuestionando el razonamiento del Tribunal internacional no pueden considerarse como actos de discrecionalidad o que violan principios de derecho, al contrario son interpretaciones válidas máxime cuando en las mismas se realiza con la debida y adecuada fundamentación, en la que conste las razones que le llevan a acercarse o distanciarse de una determinada decisión internacional, que si bien por responsabilidad internacional es obligatoria, no por ello va a tener siempre un valor absoluto, más aún cuando los razonamientos en la jurisprudencia internacional que determina: “los alcances de los derechos pueden ser equivocados, (porque) es difícil encontrar un tribunal en el mundo que sea infalible”<sup>2108</sup>.

Cuando un Tribunal Internacional emite un fallo, debe siempre considerar los efectos de su decisión final, que de inicio son *inter partes* (cosa juzgada), pero también se debe analizar y prever las consecuencias que por el efecto *erga omnes* (cosa interpretada) trae una decisión de esa naturaleza, que implica la aplicación de un criterio jurisprudencial, no solo en un contexto que corresponda al caso concreto, sino que se expande a otros contextos que pueden ser diferentes al original; generándose ahí un desajuste que es necesario conciliarlo, a partir de cuestionamientos fundamentados a los fallos internacionales y que mejor que vengan de fallos estatales y en casos concretos.

La interacción que se produjo entre tribunales jurisdiccionales (internacional y estatal), se constituye un punto de partida para que, como entiende Víctor

---

<sup>2107</sup> Ezequiel Malarino: “Acerca de la pretendida ...”, op. cit., p. 430 y p. 440. Esta crítica la realizó dicho autor, cuestionándose el fallo de la CSJN Sentencia Mazzeo, en el que se asumió de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH.

<sup>2108</sup> Fernando Basch: “Sobre la ...”, op. cit.

Bazán, se: “intensifique un diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo entre la Corte IDH y los respectivos órganos”<sup>2109</sup> estatales; todo esto con la finalidad de que los tribunales nacionales dejen de ser muchas veces receptores acrílicos de los fallos interamericanos y éstos últimos asuman las observaciones que se realizan a sus razonamientos a partir de los tribunales estatales, lo que demuestra un diálogo crítico, pero constructivo, hacia la consolidación de la defensa de los derechos convencionales.

No podría dejarse de transcribir en esta oportunidad el criterio que sobre este punto, tiene el Dr. Fernando Basch, quién considera que la Corte IDH:

“Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se refleja en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de diálogo inter-jurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción.”<sup>2110</sup>

De similar manera Guiseppe de Vergottini, considera que: “es el juez el que abre un diálogo crítico dentro del proceso de argumentación, en el ámbito del cual confronta los parámetros ofrecidos por el propio Derecho y los propios precedentes ... y doctrinas de otros”<sup>2111</sup>; eso es precisamente lo que se ha hecho en el fallo argentino estudiado, en el que es el juez nacional con racionalidad a contrastado el derecho y las doctrinas que sobre su interpretación se ha dado, llegando de manera razonada a su propia convicción. A partir de esta apertura al diálogo, corresponde a la otra parte (jurisdicción internacional) controlar críticamente sus precedentes y razonamientos, a fin de determinar también de manera razonada, si su apreciación se encuadra o no, dentro de la línea de defensa de los derechos humanos convencionales; siendo esa una manera para lograr un verdadero diálogo inter-jurisdiccional, a través del razonamiento crítico, el intercambio y el aprendizaje entre la jurisdicción nacional e internacional.

Las posibilidades hasta acá detalladas, rescatadas de los razonamientos que han partido de la jurisprudencia del TEDH, de la Corte IDH y de un Tribunal Estatal, referidas a: la búsqueda de un “consenso regional” (sea europeo o

---

<sup>2109</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 42.

<sup>2110</sup> Fernando Basch: “Sobre la ...”, op. cit.

<sup>2111</sup> Guiseppe de Vergottini: Más allá ..., op. cit., p. 187.

americano), con cierto margen de apreciación nacional; o la relativa a la intangibilidad de ciertos mínimos de los derechos, que no pueden ser alterados por las “apreciaciones nacionales” que se dejan a los Estados; o la modalidad de adopción de una recomendación por el encargado de control de constitucionalidad estatal, conforme al criterio de la Corte IDH, pero no así la imposición directa de la modificación, supresión o eliminación de la legislación nacional; o el diálogo crítico, que parte del tribunal estatal con dirección hacia la Corte IDH; se constituyen en cuatro formas a través de las cuales se puede llegar a un diálogo constructivo entre tribunales estatales y tribunales internacionales, en un intento de paliar las tensiones que de manera natural se van provocando en las relaciones jurisdiccionales.

El establecimiento de estas formas de interacción, entre los tribunales (estatal e internacional), responden al esfuerzo por encontrar escenarios que evidencien una comunicación constructiva entre tribunales jurisdiccionales, que en estricta doctrina se entiende como “diálogo judicial”, constituyéndose estas vías, en una especie de: “llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de la persona, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*”<sup>2112</sup>; haciéndose votos para que las jurisdicciones en relación siempre busquen mejores canales de comunicación, en pro de una mejor construcción y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito convencional.

---

<sup>2112</sup> Víctor Bazán: “Corte Interamericana ...”, op. cit., p. 41.



## **CONCLUSIONES, APRECIACIONES Y PROPUESTAS**

## **1. Integración del derecho constitucional de cada Estado, con el derecho internacional de los Derechos Humanos**

- a. La concepción tradicional de soberanía absoluta e irrestricta de la época del constitucionalismo clásico o liberal implicaba que el poder soberano de un Estado no admitía límites o existía una impermeabilidad de toda interferencia externa, razón por la que en aquella época la protección de los derechos humanos se realizó por el Derecho Constitucional dentro del ámbito interno de cada uno de los Estados. De manera paralela el Derecho Internacional Público solo se ocupó de regular las relaciones entre los Estados.
- b. A partir de la Segunda Guerra Mundial la concepción tradicional de soberanía ha ido cambiando, regulándose la protección de los derechos humanos a través de instrumentos normativos de carácter internacional que sientan las bases para la consolidación de sistemas de protección regional de los derechos humanos. En ese nuevo escenario los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente resultan ser un límite a la soberanía y por tanto al ejercicio del poder público de cada Estado, produciéndose una transformación del Derecho Internacional Público que va penetrando en materias privativas que tradicionalmente correspondía a los Estados. De esa manera se van regulando las relaciones no solo entre los poderes públicos estatales, sino también con relación a los sujetos sometidos a su jurisdicción, quienes además de estar protegidos por autoridades jurisdiccionales nacionales, lo están por autoridades supranacionales (de carácter no jurisdiccional y jurisdiccional -Comisión IDH y Corte IDH-) que van dando protección complementaria y subsidiaria a la organización interna de cada uno

de los Estados, que han sido lo suficientemente permeables para acoger dentro de su normativa interna la regulación internacional así como la jurisprudencia internacional.

- c. Es el derecho constitucional de cada uno de los Estados y no el derecho internacional, el que determina la forma en la que las normas de los tratados son parte del derecho de cada uno de los Estados o la forma en la que el derecho interno recibe al derecho internacional. La incorporación de un tratado en el ámbito jurídico de cada uno de los Estados varía según se haya asumido la tesis dualista y monista contrapuestas entre sí, los países partidarios de la teoría dualista reconocen que de manera posterior a la ratificación de un tratado se necesita una ley interna que recoja el mismo y lo incorpore al derecho interno, a su vez quienes comparten con la teoría monista consideran que un tratado forma parte del derecho interno con la sola ratificación sin necesitarse ninguna ley posterior.
- d. Dentro del derecho constitucional latinoamericano de los países en estudio (Colombia, Perú y Bolivia), existen regulaciones relativamente uniformes en sentido de que los tratados se incorporan a la legislación nacional a través de simples leyes de ratificación de los convenios internacionales, es decir sin que sea necesario que existan leyes que transcriban todo el contenido del tratado para ser obligatorio (tesis monista). Sin embargo existen variaciones en la forma de aprobación de tratados en materia de derechos humanos, así en el Perú solo en materia de derechos humanos es obligatoria la aprobación del Congreso, en el resto no. En Colombia por expresa regulación el órgano legislativo debe dar prevalencia y preferencia a la aprobación de tratados de DH sometidos a su consideración por su Gobierno. En Bolivia se abre la posibilidad de que un tratado internacional en materia de DH -en forma previa a la ratificación por una ley- sea aprobado mediante referendo popular vinculante, cuando así lo solicite el 5% de los ciudadanos registrados en el padrón electoral o el 35% de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Existen también regulaciones compartidas, por ejemplo Colombia y Bolivia

establecen que tratados y convenios internacionales en materia de DH ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno cuando declaran derechos más favorables que los contenidos en la misma Constitución.

- e. El derecho constitucional (nacional) y convencional (internacional), no siempre van por la misma línea, muchas veces se producen contradicciones o vacíos entre ellos, que no se superan ni se solucionan con la aplicación de las tesis dualista o monista, que van perdiendo cierta importancia o resultando insuficientes en la actualidad. Estos problemas se van superando a través de la denominada tesis de coordinación según la cual deben cumplirse con las obligaciones del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que fijan la necesidad de que las autoridades estatales asuman a nivel nacional e internacional deberes de carácter negativo y positivo.
- f. La obligación de carácter negativo, se expresa por la regla *pacta sunt servanda* que -junto con los principios de libre consentimiento y de buena fe- implica que los pactos son para cumplirlos, o que debe haber una observancia fiel a los tratados, por lo que ningún Estado parte puede dejar de aplicar las normas de un tratado o convenio internacional de DH invocando contradicciones con su legislación vigente. En consecuencia surge para el Estado una ineludible obligación de carácter negativo pues no puede alegar disposiciones de su derecho interno para incumplir acuerdos internacionales. Ahora bien, cuando no existe contradicciones entre la norma interna con la internacional (que se decanta con la aplicación de la señalada regla), sino cuando hay vacíos entre la legislación interna frente a las normas internacionales, surge el deber u obligación positiva del Estado que ha ratificado un tratado de introducir en su legislación interna las modificaciones que sean necesarias para coordinar con lo previsto por las normas internacionales, asegurando de esa manera su cumplimiento así como la ejecución de los compromisos adquiridos.

- g. Los derechos constitucionales (derechos fundamentales) y los derechos convencionales (derechos humanos) materialmente constitucionales dentro del bloque de constitucionalidad forman parte central de todo Estado constitucional de derecho y la interpretación que de ellos se haga es una interpretación convencional. Lo que implica que cuando los Estados han ratificado los tratados sobre DH los mismos (los Estados) no solo han dejado de tener el monopolio de la tutela y protección de los derechos, sino que también han renunciado a la autonomía de sus propios tribunales en la interpretación de los derechos, debiendo hacer suya la interpretación sentada por esos tribunales internacionales. Surge un nuevo entendimiento de la soberanía estatal actual, en la que los Estados se encuentran auto limitados al marco de los entendimientos jurisprudenciales internacionales realizado por autoridades supra estatales con competencia jurisdiccional internacional, revisando actos de autoridades públicas de los diversos Estados en busca de un común entendimiento aplicación y respeto de los derechos humanos.

## **2. Instrumentos y órganos de protección del SIDH**

- a. No podría comprenderse a cabalidad la estructura, situación actual y proyección del SIDH, sin considerarse las razones y el escenario en que el que se gestó el Sistema, que empezó a surgir a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, ambiente propicio para lograr un compromiso entre los Estados, de otorgar adecuada protección a los Derechos Humanos.
- b. El ideal de lograr un sistema de protección compacto se fue diluyendo, por la fuerza de los acontecimientos políticos que rodearon aquellos tiempos, que se caracterizó de inicio por intervenciones que realizó Estados Unidos en países latinoamericanos y el Caribe, situación que motivó un sentimiento común de darle valor y prioridad al principio de no intervención estatal, dejándose algo rezagado el principio de defensa y respeto a los Derechos Humanos. Basta recordar como la Conferencia de

Chapultepec (1945) tuvo como objetivo principal reafirmar la doctrina de la no intervención estatal, además de encargar la elaboración de un anteproyecto de Declaración de derechos y deberes del Hombre. En la misma línea, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA, 1948) se estableció como finalidad principal la defensa de la soberanía, integridad territorial e independencia (principio de no intervención estatal), además de proclamar en forma general, el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona humana, derechos que fueron especificados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948). La creación de un órgano de protección de DH especializado, como es la Comisión IDH, al igual que el encargo de elaboración de un proyecto de CADH, ha estado rodeado de acontecimientos políticos e intervenciones estatales (1959), la Comisión IDH empezó a ejercer actividades rápidamente (1960). A su vez, la Convención recién pudo ser aprobada una década después (1969), en la que se creó la Corte IDH como órgano jurisdiccional autónomo de la OEA, Convención que entró en vigencia y Corte que entró en funcionamiento casi otra década después (1978). El largo proceso de creación e implementación de la CADH y del órgano jurisdiccional de protección, probablemente se debió por los procesos políticos que se dieron en América entre los años sesenta y setenta, como consecuencia de las dictaduras militares que se instauraron en diversos países.

- c. En consecuencia, el nacimiento, desarrollo y funcionamiento del SIDH, responde a un largo proceso que se ha ido sustentando en dos pilares algo contradictorios. Por una parte, uno de naturaleza esencialmente política que ha estado más preocupado por asegurar el principio de no intervención estatal. Por otra parte, un pilar en el que más allá de la soberanía interna de cada Estado, busca la protección y defensa global de los derechos humanos, a través de órganos supra estatales. Esto genera cierto desconcierto, que se evidencia en un escaso compromiso con la defensa de los derechos humanos por algunos Estados partes de la OEA.

- d. En la Carta de la OEA, no se estableció ningún órgano específico encargado de velar por la promoción y cumplimiento de los derechos humanos, lo que tuvo que ser salvado con la creación de la Comisión IDH, que inició sus actividades en 1960, reconocida como órgano principal de la OEA en las modificaciones de la Carta de 1967. La Comisión IDH ha venido realizando visitas *in loco* para determinar la existencia o no de problemas estructurales en defensa de los derechos humanos de los países de la región, dando sobre los mismos los informes correspondientes y recomendaciones generales para la adopción de medidas en protección de los derechos humanos, además de otras actividades. A través de los años, se constata que en general, las funciones no contenciosas desarrolladas por la Comisión IDH, han sido efectuadas con un destacado éxito, que ha merecido el reconocimiento internacional y le viene dando mayor legitimidad a sus actividades. Pero de manera algo contradictoria, en la medida que ese trabajo va causando impacto, algunos Estados de manera recurrente cuestionan las actividades de la Comisión IDH -particularmente de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión- hasta el extremo de amenazar y hasta retirarse del SIDH.
- e. Cuando ha entrado en vigencia la CADH (1969), se ha convalidado la Comisión IDH y se ha convencionalizado sus funciones, además de reconocerse y consagrarse a la Corte IDH como un órgano jurisdiccional del sistema, que empezó a resolver sus primeros casos contenciosos a mediados de la década de los 80. No todos los países que forman parte de la OEA, han asumido un compromiso definitivo con el SIDH, en la medida que no todos han ratificado la CADH y entre los que si lo han hecho, no todos han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.
- f. El SIDH de la OEA está fraccionado, o se divide en tres subsistemas. Por una parte están los Estados que no han ratificado la CADH, con relación a éstos, es la Comisión IDH la que tiene competencia para realizar las visitas *in loco*, informes y otros sobre la base de la Carta de la OEA y la DADH. Por otro lado están

aquellos Estados parte que han ratificado la Convención, pero que no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, en tales casos es la Comisión IDH la que tiene competencia sobre los mismos, en el marco de sus atribuciones generales sobre la base no solo de la Carta de la OEA y la DADH, sino también con relación al contenido de la CADH. Finalmente existe otro grupo de países que han ratificado la Convención además de reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte, en tales situaciones, al mismo tiempo de ejercerse las competencias generales de la Comisión, ésta remite a la Corte los casos en los que existe una denuncia individual para el procesamiento contencioso correspondiente, sobre la base de todos los instrumentos jurídicos (Carta de la OEA, DADH, CADH); por lo que la Comisión IDH tiene un mandato y un campo de acción más amplio que el de la Corte IDH, que se mueve en un espacio más reducido.

- g. Es largo el proceso que transcurre entre la creación del SIDH, a partir de la Carta de la OEA y DADH (1948), hasta la emisión de la CADH (1969) y su aplicación (1978). Asimismo es extenso el tiempo que acontece entre la creación del Sistema con la existencia de un órgano de protección regional de los derechos humanos como es la Comisión IDH (1959). O es dilatada la época que pasa entre el ejercicio de la actividad de la Comisión IDH (1960), con la creación de un órgano de tipo jurisdiccional de protección de los derechos humanos como es la Corte IDH (1969), cuya entrada en vigencia (1978) difiere del momento en el que realmente empieza a ejercer su actividad jurisdiccional (1985). Todas estas son muestras de un proceso lento y complicado de la formación del SIDH.
- h. El lento proceso de formación y aplicación, como la subdivisión del SIDH, demuestra la complejidad del sistema. Lograr la unificación del SIDH, en sentido de que todos los Estados se sometan a la Convención y que exista un solo órgano de protección regional de los derechos humanos, como es una Corte Internacional -tal como sucede en otros sistemas, tal el europeo-, es una aspiración difícil de alcanzar en la realidad Americana. Esta dificultad se debe porque



han existido períodos de tiempo en los que la única protección general de los derechos humanos en la región, ha sido dada por un órgano cuasi jurisdiccional (Comisión IDH). Además en la actualidad en algunos países, dicho órgano no jurisdiccional resulta ser el único medio de protección internacional que cuentan, por seguir varios Estados en la resistencia de no apostar por una defensa amplia de los derechos humanos, unos al no ratificar la CADH o que pese haberlo hecho, al no reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, otros al denunciar la CADH.

- i. La falta de compromiso de algunos Estados parte de la OEA con la estructura del SIDH, se agrava más aún cuando se constata las dificultades económicas que atraviesan los órganos de protección como son la Comisión y la Corte, que son financiados por el aporte que realizan algunos Estados partes de la OEA. Lo que provoca que esos órganos no cuentan con un funcionamiento de carácter permanente, reuniéndose periódicamente -de manera ordinaria u extraordinaria- en sus distintas sedes -Washington y San José de Costa Rica, respectivamente- o en cualquier otro Estado miembro, previa convocatoria. Esta situación da lugar a que por una parte el sistema se sobrecargue de trabajo hasta el riesgo del colapso, por otro lado la protección no se otorga con la debida diligencia, sino después de muchos años y con alta carga económica a cargo de la víctima. Se aspira que en un futuro los Estados prevean en sus presupuestos, montos racionales que permitan otorgar un adecuado soporte económico para el funcionamiento permanente de los órganos de protección internacional con el apoyo administrativo correspondiente. Asimismo se pretende que en un futuro se creen servicios de apoyo a las víctimas, a nivel estatal e internacional, que contribuya en alguna medida con la apertura del sistema que debe ser uno de carácter más accesible.
- j. Otra debilidad del SIDH radica en que la víctima o el peticionario, si bien pueden acudir de manera directa a la Comisión IDH a denunciar violaciones de DH, sin embargo no tienen legitimación activa para presentarse directamente ante la Corte IDH. Los únicos

legitimados para someter un caso a la decisión del tribunal jurisdiccional internacional, son los Estados partes y la Comisión que gozan del *jus standi*. Sin embargo, no se puede desconocer que como consecuencia de reformas al sistema, se ha abierto la posibilidad del *locus standi*, que implica que una vez que la demanda sea admitida por la Corte IDH, el peticionario o víctima, de manera amplia tiene participación activa y relativamente autónoma, pues puede presentar escritos de solicitudes, ofrecimiento de pruebas y otros, pero obviamente cuando previamente los legitimados (Comisión o un Estado) ya presentaron el escrito de sometimiento del caso a la Corte IDH. El lograr pasar del *locus standi* al *jus sandi*, donde el individuo pueda acudir de manera directa a la Corte IDH (como sucede en Europa), sin la intermediación de la CIDH o del Estado, no es una tarea fácil de alcanzar, máxime si se evidencia un SIDH que no es compacto o no cuenta con una unificación interna, al no estar todos los Estados sometidos de la misma manera a los órganos de protección internacional, además del recelo de ciertos Estados de apostar por una emancipación del individuo.

- k. Hay que recordar que el SIDH ha nacido y se desarrolló bajo el amparo del principio de no intervención estatal, que da realce al principio de soberanía estatal, mismo que se menoscabaría si se diera la posibilidad a los particulares, de denunciar a los Estados de la OEA de manera directa ante la Corte IDH. Probablemente esa también sea una de las lamentables razones, por las que un individuo no goza del *jus standi* tratándose del SIDH. Es de esperar que en un futuro próximo, ese extremo recelo de cuidado de soberanía estatal y esa desconfianza hacia las personas por parte de algunos Estados partes de la OEA sea superada, haciéndose votos para que en algún momento se reforme la CADH, después de llegarse al consenso necesario entre los Estados, que permita a las personas contar con capacidad procesal absoluta, convirtiéndose en verdaderos sujetos parte de los procesos, con autonomía absoluta y emancipación de los individuos dentro del Derecho Internacional de

los Derechos Humanos; tal como sucede en otros sistemas de protección, como el europeo.

- I. Se deben asumir medidas para el fortalecimiento del SIDH, así como para el cumplimiento de las determinaciones internacionales, a través de decisiones que vayan tomando cada uno de los Estados, que establezcan políticas públicas que permitan fortalecer la cultura de la ciudadanía por el respeto de los derechos humanos. Entre las medidas estarían por ejemplo: la educación primaria y secundaria, así como de pre y post grado de las Universidades Públicas y Privadas en las Facultades de Derecho de los diversos países, también en Institutos de capacitación a jueces de carrera, del Ministerio Público, de la Procuraduría del Estado, de los Colegios de Abogados u otras instituciones. A su vez, los operadores de la administración de justicia, jueces de las diversas jurisdicciones, al igual que órganos vinculados como Ministerio Público, Defensa Pública, Defensoría del Pueblo, Procuraduría del Estado, Policía Judicial u otros, como los funcionarios de la administración pública y población civil en general, deben ser capacitados sobre el SIDH, con la profundidad correspondiente de acuerdo al grupo que sea el destinatario de la información. A nivel del órgano ejecutivo, debe establecerse las instancias de coordinación con los órganos internacionales; además de realizarse las reformas normativas necesarias para ajustarse procedimientos que permitan el cumplimiento de fallos internacionales. No dejaría de ser interesante, el realizar reformas a las competencias de la Corte IDH, ampliándose las mismas de las actividades jurisdiccionales a las no contenciosas, realizando visitas a los países, dando informes sobre la situación de los derechos humanos, seguimientos de sus informes y otros, sin que esto implique la desaparición de la Comisión IDH, cuyas actividades son imprescindibles en el momento, frente a un SIDH dividido.

### 3. Cosa juzgada (efecto *inter partes*): cumplimiento directo de las Sentencias de la Corte IDH por los Estados demandados y condenados

- a. En el marco del CADH, el fallo que emite la Corte IDH es definitivo e inapelable, debiendo los Estados partes de la Convención “cumplir la decisión”. A partir de allí, nadie debe dudar de la obligatoriedad de las decisiones (sean Sentencias, Opiniones Consultivas, Resoluciones u otras) que emite la Corte IDH, que adquieren la calidad de “cosa juzgada” (*res judicata*), que implica que ningún otro tribunal (nacional o internacional) en juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso, que pone fin a una controversia entre la persona y el Estado o entre Estados. Desde un punto de vista subjetivo de las partes sujetas a controversia judicial, la sentencia adquiere una vinculación directa y goza de efectos *inter partes*, porque afecta sólo a las partes del proceso o favorece a la parte en cuyo amparo se presentó una denuncia, por lo tanto el Estado asume la obligación de cumplir lo ordenado de manera absoluta, vinculación que alcanza no solo la parte resolutive del fallo, sino que se extiende a todos los argumentos o razonamientos (*ratio decidendi*) que fundamentan la determinación internacional.
- b. Los fallos emitidos por la Corte IDH, deben ser adecuadamente cumplidos por cada uno de los Estados obligados, estableciéndose en el SIDH los mecanismos que aseguran ese cumplimiento. Por una parte, son las autoridades que ejercen jurisdicción y competencia en cada uno de los Estados Partes, los competentes para asegurar de buena fe la ejecución de las decisiones internacionales, en el marco de sus normas internas, que no pueden ser alegadas para invocarse un incumplimiento. Por otra parte es la propia Corte IDH, la que tiene el papel de supervisar que los Estados cumplan con las obligaciones emergentes de sus propias decisiones.
- c. En cuanto a la existencia de normas relativas a mecanismos internos de cada Estado para el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH se tiene que en el Perú si existen normas que regulan el

procedimiento para el cumplimiento de dichas sentencias. En Colombia los mecanismos internos previstos preponderantemente aseguran el cumplimiento de las indemnizaciones económicas, utilizándose la acción de tutela (amparo constitucional), para obligar al Estado a cumplir con fallos ejecutoriados. En Bolivia las regulaciones internas que se han dado no son suficientemente claras y completas para asegurar el cumplimiento de fallos. En los tres países estudiados se evidencia que a la fecha, no se logró el cumplimiento pleno de los fallos de la Corte IDH, pues si bien se ha asegurando obligaciones económicas y otras, pese a los años transcurridos, existen obligaciones pendientes de cumplimiento, como es investigar y sancionar a los responsables, búsqueda y entrega de los restos de las víctimas, etc..

- d. Ni los mecanismos internos de cada Estado, ni el procedimiento de supervisión de cumplimiento de fallos ante la Corte IDH, resultan ser los mecanismos idóneos para asegurar con certeza el absoluto cumplimiento de los fallos. Es que el procedimiento de supervisión ante la Corte IDH sirve sobre todo para hacer conocer dentro del Sistema los avances y efectos de sus fallos, resultando ser más un mecanismo de presión internacional, que un medio real que asegure el cumplimiento de lo determinado. A su vez, la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias -conforme a sus normas internas-, tampoco es suficientemente cumplida, porque los mecanismos internos de manera relativa aseguran indemnizaciones económicas, pero hay ausencia de previsión en cuanto al ente que se haga cargo del total cumplimiento y efectividad del fallo, estableciéndose responsabilidad interna en caso de incumplimiento.
- e. Las sentencias de reparaciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, han provocado tensiones entre el tribunal internacional y tribunales estatales, que han dado lugar a incumplimiento de fallos. Se ha cuestionado la falta de límites que tuvo la Corte IDH en lo determinado, cuando ha incursionado en ámbitos de la soberanía de cada Estado, convirtiéndose en una especie de legislador, juez o de administrador público; situación ha

provocado resistencia en tribunales nacionales, que se han considerado afectados en su competencia estatal, lo que ha dado lugar a que en algunos casos y de manera expresa, se haya declarado la inejecutabilidad de fallos de la Corte IDH.

- f. En consecuencia, la real ejecución de los fallos de la Corte IDH, resulta ser uno de los puntos más débiles del SIDH, en la medida que está a cargo de la voluntad de cada uno de los Estados obligados el control de la eficacia del cumplimiento de los fallos de la Corte, decisiones que no siempre se cumplen adecuadamente porque los mecanismos internos en algunos casos no existen, en otros no son lo suficientemente eficaces, a veces son lentos, además de existir algún Estado que simplemente no los respeta. Siendo ese el escenario actual, sería necesario cambiarse la forma de ejecución de fallos a través de un acuerdo en la forma de cumplimiento, que asegure responsabilidad internacional en caso inejecución, por todos los países de la OEA que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. Situación poco difícil de alcanzarse por el poco compromiso que se evidencia en algunos Estados, que además de no colaborar en el presupuesto de las instituciones, no dejan de ser resistentes a las determinaciones internacionales.
- g. En cada uno de los Estados partes de la OEA en general, pero de manera especial aquellos Estados que han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, es necesario que exista un consenso político que viabilice reformas constitucionales en las que se señale de manera expresa, el carácter vinculante de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, además de la obligación de cada Estado de dar cumplimiento total a las determinaciones internacionales. Constitucionalizada esa obligación o integrada de manera plena el derecho constitucional de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos, deben realizarse reformas legislativas que permitan crear procedimiento de cumplimiento cuando no exista, o modificar aquellos que existiendo, no son lo suficientemente adecuados. En

ese procedimiento es necesario que de manera expresa se señale cual sería la autoridad competente -dentro del Órgano Judicial- para exigir a todos los otros entes estatales el cumplimiento de lo dispuesto por una decisión internacional, quedando claro el compromiso estatal de cooperar con la supervisión internacional. Esa autoridad jurisdiccional competente debe siempre coordinar con una instancia técnica y especializada del Ejecutivo que se encargue de cumplir con la obligación de informar a los órganos internacionales, sobre la situación de los derechos humanos en los Estados -avances y retrocesos-, además que en forma estable se haga responsable del seguimiento al cumplimiento de las decisiones o recomendaciones de organismos internacionales. En la regulación normativa debe establecerse los límites de las autoridades jurisdiccionales, cuyas interpretaciones no deben ser contrarias a las realizadas por el tribunal internacional cuando sean más favorables; de constatarse tal disfunción, debe establecerse de manera expresa responsabilidad civil y penal.

- h. La supervisión del cumplimiento y ejecución de los fallos dentro del SEDH se ha desjudicializado, dándose esa facultad a un órgano político internacional como es el Comité de Ministros del Consejo de Europa, con la posibilidad de que un Estado que no cumpla con lo determinado por el TEDH, podría salir del bloque y por tanto del sistema, lo que constituye un elemento de coerción real y efectivo para la protección a favor de quienes han sido víctimas o se han violado sus derechos humanos. Trasplantar soluciones del SEDH al SIDH, tampoco es razonable por las realidades diferentes que se viven en cada una de las regiones, de ahí que suponer que en América un órgano político o no jurisdiccional internacional, se haga cargo de la ejecución de los fallos internacionales no sería más que una ilusión.

#### **4. Cosa interpretada (efecto *erga omnes*): vinculación indirecta hacia los Estados partes de la CADH**

- a. Si la cosa juzgada (*res judicata*) implica la obligatoriedad directa de una sentencia de la Corte IDH por el Estado demandado, la cosa interpretada (*res interpretata*) significa la vinculación objetiva e indirecta que con carácter *erga omnes* tienen los Estados partes de OEA, por tanto las autoridades nacionales, con relación al razonamiento o criterio interpretativo que en algún caso dio la Corte IDH, máxime si se trata de Estados que han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. De ahí que tribunales locales, a tiempo de conocer y resolver sus causas, han tenido y tienen en cuenta fallos de la Corte IDH que establecieron responsabilidad de otro Estado por vulneración de derechos, esas *rationes decidendi* o razonamientos más importantes interamericanos que fijan el sentido y alcance de un derecho humano, son vinculantes y obligatorios no solo al estado demandado, sino a todo otro Estado aunque no hubiera tenido que ver en la contienda judicial.
- b. Los tribunales estatales locales en general y el Tribunal Constitucional en particular, realizan el control de constitucionalidad, que implica la contrastación entre la Norma Fundamental con las demás disposiciones infra constitucionales, debiendo dar preeminencia a la primera. A su vez las autoridades jurisdiccionales locales ejercitan el denominado control de convencionalidad en el ámbito interno de un Estado, que implica que las autoridades jurisdiccionales, analizarán la compatibilidad entre la CADH y demás normas internacionales de DH que se han integrado al ordenamiento jurídico interno, con relación a las normas de derecho interno de cada uno de los Estados, siendo de aplicación preferente la normativa internacional más favorable al ser humano. Asimismo las autoridades internas tienen en cuenta la interpretación que de las normas internacionales ha realizado la Corte IDH a través de su jurisprudencia. O lo que es lo mismo, el control de convencionalidad interno implica la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH, así como a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.



- c. El control de convencionalidad no solo se ejercita a nivel estatal o interno, sino también a nivel internacional, a partir de casos concretos que se someten a conocimiento de la Corte IDH que compara y contrasta la norma interna de cada Estado con relación a la CADH y otras normas internacionales, disponiendo la reforma o la abrogación de las normas internas que sean contrarias a las normas internacionales, a través de una interpretación que alcanza a todos los Estados partes de la CADH, por la eficacia vinculante de la norma convencional interpretada.
- d. En el SIDH, en las decisiones de los órganos de protección internacional se fomenta la doctrina del seguimiento nacional, según la cual corresponde a los órganos de protección local asumir y seguir en sus fallos, los razonamientos o interpretaciones que sobre los derechos humanos ha dado la Corte IDH, lo que en realidad viene a ser el control de convencionalidad en el marco interno de cada Estado. Las razones que justifican el fortalecimiento de esta doctrina radican por una parte en la mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los razonamientos de la Corte IDH, con relación a los de la jurisdicción nacional. Por otra parte evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional, al establecerse entendimientos internacionales que al ser seguidos por nacionales, garantizan que en un futuro algún Estado que ya fue demandado u otro, no cometa los mismos errores al incurrirse en violación de derechos, porque ya se prevé como será resuelta la denuncia.
- e. Es evidente la desconfianza que tienen los órganos de protección del SIDH con relación a la capacidad de los órganos jurisdiccionales de cada Estado, de proteger de manera adecuada y directa los derechos humanos, razón por la que refuerzan y exigen el seguimiento nacional de sus interpretaciones, como una manera de asegurar la defensa de los derechos humanos. Hasta se ha llegado al extremo de asumir decisiones jurisdiccionales internacionales que muchas veces con extrema minuciosidad señalan cuales deben ser las medidas que deben asumir los Estados para reparar a la víctima por la lesión de sus derechos, sin darle ninguna posibilidad o

margen a cada Estado de fijar los caminos para asegurar el cumplimiento de lo determinado, lo que indudablemente ha generado tensiones dentro del SIDH. La resistencia se debe al activismo judicial que muchas veces ha provocado intromisiones en ámbitos de poder de cada Estado, al hacer un papel de creador del derecho nacional, o creador de derechos que no están consagrados en la CADH o se modifica los establecidos en aquellas.

- f. El escaso o casi ningún margen de apreciación nacional que se deja a tribunales locales dentro del SIDH, contrasta con lo que sucede en el SEDH, en el que el margen de apreciación nacional -creado y desarrollado por la jurisprudencia del TEDH- tiene un amplio ámbito de aplicación. En Europa la dicha doctrina se sustenta en el reconocimiento de las tradiciones jurídicas diversas que existen entre los Estados, realidades que mejor conocen los tribunales locales que con cierta discrecionalidad pueden dar soluciones jurídicas distintas en la protección de derechos convencionales, pero siempre cuidando de proteger bienes colectivos frente a derechos individuales. La auto limitación de la competencia del tribunal internacional en la interpretación y protección convencional, no es absoluta, pues el mismo restringe esa discrecionalidad estatal cuando se trata de temas en los que existe un mayor conceso en las legislaciones europeas.
- g. El considerar que en América existe diversidad -lo que es cierto- y por ello dar amplia cabida a la doctrina del margen de apreciación nacional, no es precisamente lo más prudente, en la medida que las realidades en las que se desenvuelve el SIDH con relación al SEDH son distintas. Basta considerar por ejemplo que los órganos de protección del primer Sistema asumen al principio de subsidiaridad como excepción, al entrar a proteger aunque existan recursos internos por no ser idóneos, a diferencia de lo que sucede con el segundo Sistema, en el que el agotamiento es la regla. En esa misma línea se constata que los órganos del SIDH no siempre constatan que los órganos internos garanticen eficientemente los derechos humanos, a diferencia del TEDH, que ha podido percibir

que los órganos internos aseguran con cierta regularidad la protección de los derechos humanos.

- h. Teniendo en cuenta esa realidad parecería lo más prudente seguir exigiendo en América la doctrina del seguimiento nacional y en Europa -que no está ajena del control de convencionalidad interno o seguimiento nacional-, manejarse ampliamente dentro de la doctrina del margen de apreciación nacional. Todo esto sin que se impida y con cautela, que bajo la supervisión de los órganos de protección del SIDH, pueda también aplicarse en los Estados partes de la CADH la doctrina del margen de apreciación nacional, a partir de decisiones de la Corte IDH en las que se establezca estándares comúnmente aceptados o de un “consenso americano”, que de acuerdo al principio *pro homine* vendría a ser un mínimo denominador común a respetar, vinculado a la defensa de los derechos humanos. Con lo que se lograría equilibrar las relaciones entre tribunales -siendo que el internacional actualmente desconfía de lo que va a determinarse por el estatal-, en un diálogo de evidente construcción y consolidación de la defensa de los derechos del ser humano.

## **5. El camino del diálogo jurisprudencial: alcance**

- a. Las infracciones a los derechos humanos, por los Estados parte de la CADH tienen consecuencias internacionales, porque se abre la competencia del tribunal supranacional para que en casos concretos determine la vulneración del derecho convencional y responsabilidad internacional. Los razonamientos que en esa tarea efectúa el tribunal internacional constituyen para las autoridades de cada uno de los Estados fuente de inspiración para resolver las decisiones jurisdiccionales nacionales. A partir de aquello se puede comprender que el control de convencionalidad internacional, genera estándares comunes en materia de protección de derechos humanos, que resultan ser el punto de inicio del diálogo interjurisdiccional, mismo que no se queda en la sola recepción de la jurisprudencia internacional por las autoridades nacionales, sino que va más allá,

ya que el juez estatal puede proponer nuevas interpretaciones de cuestiones que no han sido abordados por el internacional, o complementar los pronunciamientos existentes, continuando con un diálogo que después puede ser asumido por el internacional.

- b. El diálogo jurisprudencial posibilita un entendimiento común de los derechos por las autoridades jurisdiccionales internacionales y estatales, rigiendo como reglas interpretativas los principios *pro homine* y de progresividad, lo que contribuye a la formación de la parte sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos. En esa comunicación no existe predominio de la jurisdicción internacional sobre la estatal, sino una relación de coordinación donde se busca la mayor efectividad de los derechos convencionales, a ese propósito, es necesario que las autoridades de la jurisdicción nacional no asuman una actitud pasiva o estén ajenos a lo razonado por el tribunal internacional, al contrario deben tener un papel activo para entender el espíritu de las decisiones jurisprudenciales internacionales, realizando interpretaciones innovadoras al complementar o mejorar ese razonamiento pero siempre a favor del ser humano. De esa forma se construye un derecho regional e inclusive universal de los derechos humanos.
- c. En cualquier continente, la existencia de Estados con características propias, cargados de sus propias diferencias, es una realidad que no debe implicar división y entendimientos distintos frente a los derechos humanos que por naturaleza son universales. Una manera para lograr encuentros que permitan un entendimiento común de los derechos humanos es a través del diálogo jurisprudencial, que se da entre los órganos de protección internacional y estatal cuando los mismos ejercitan su actividad jurisdiccional, comunicación en la interpretación de los derechos que se constituye en el medio o vehículo por el que se logra la integración o la unión de los diversos Estados. La creación de un orden público europeo y americano, está sustentada en un entendimiento común del lenguaje de los derechos que también es común, frente a una globalización de los derechos humanos, que implica una convergencia, homogeneización y

uniformidad. Sin que por ello se ignore la variedad que existe en las distintas formas estatales que hay que respetar, en la medida que no alteren los derechos y garantías establecidos en instrumentos constitucionales y convencionales.

## **6. Diálogo entre la Corte IDH y tribunales estatales de Colombia, Perú y Bolivia**

- a. Las jurisdicciones constitucionales estatales, son autónomas e independientes de las jurisdicciones convencionales internacionales, pero esto no impide que entre las mismas, se produzca un diálogo o comunicación que no precisa una interpretación exactamente coincidente, sino semejante o relativamente equivalente. Este fenómeno de manera paulatina se va produciendo en América, pese a que este continente se ha caracterizado por la inestabilidad política de sus gobiernos (muchos de ellos de naturaleza militar) que no en pocas oportunidades y en los diversos Estados, han demostrado en el pasado y aún en la actualidad, poco compromiso sobre el cumplimiento y respeto de los derechos humanos. Es innegable el esfuerzo que viene realizando la OEA y más propiamente la Corte IDH, a fin de que los diversos Estados vayan finalmente asumiendo un compromiso con los derechos humanos, desprendiéndose del prejuicio de la soberanía estatal, que ha estado y está siendo mal entendido. La única manera para persuadir a muchos Estados el ratificar la CADH o para reconocer la competencia contenciosa de la Corte IDH, se da a través de la palabra de la Corte IDH que se expresa en los razonamientos que este órgano internacional de protección asume en todos aquellos casos que resuelve y que van asegurar la defensa y el respeto de los derechos humanos en el continente americano.
- b. La Corte IDH a través de las interpretaciones que realiza de los diversos derechos que protege, va provocando y generando un diálogo y una comunicación importante con tribunales estatales que se encuentran sometidos a su jurisdicción, que no solo van asumiendo las interpretaciones que realiza la Corte IDH, sino que

más allá van generando nuevas interpretaciones que resultan ser complementarias, con las que se va construyendo un derecho americano de los derechos humanos. En el presente trabajo elegir el desarrollo que realizó la Corte IDH de todos los derechos era una tarea que excedía a las posibilidades reales de elaborar el estudio, razón por la cual se seleccionó algunos derechos-garantías contenidos en la CADH, tal por ejemplo el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, el derecho a un juez natural competente independiente e imparcial, el derecho a la libertad de pensamiento expresión e información y el derecho a la igualdad. Asimismo, pretender recoger el razonamiento de la Corte IDH que hubiera sido asimilado por todos los tribunales estatales americanos, también iba más allá de una misión de posible realización, de ahí que se ha escogido tribunales estatales como el de Bolivia y otros países que también forman parte de la región andina, como son el Perú y Colombia, Estados que pese a estar cargados de profundas diferencias internas, es indudable que en gran medida comparten algunos (no todos) aspectos culturales y valores, a partir del origen común que han tenido, lo que permite una mejor y mayor comunicación entre ellos, diálogo que resulta más complicado tratándose de Estados que no tienen puntos de encuentro o de intereses en común.

- c. Entrando en las conclusiones de los derechos analizados, la garantía convencional y constitucional del debido proceso, debe darse en un lapso razonable de tiempo, pues toda persona tiene **derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas** o dentro de un procedimiento breve, surgiendo la obligación del Estado de resolver dentro del menor tiempo las pretensiones de ambas partes litigantes. Ninguna norma internacional señala de manera específica el plazo de un proceso, dejándose esa determinación a cada Estado de acuerdo a su realidad como a la naturaleza del proceso, sin que esto impida que sea la jurisprudencia internacional la que establezca los “criterios para determinar la razonabilidad del plazo” y el alcance de la “doctrina del análisis global del proceso”. En cuanto a los

criterios que ayudan a determinar la razonabilidad del plazo, el TEDH estableció tres: la complejidad del asunto, la conducta procesal del demandante y la actuación del órgano judicial, esos tres criterios han sido asumidos de manera expresa por la Corte IDH, que en un diálogo jurisprudencial amplió esos tres criterios, tomando otro criterio más en sentido de que se debe tener en cuenta la afectación generada por la duración del proceso. A partir del razonamiento de la Corte IDH, los cuatro criterios relativos a la complejidad del asunto, la conducta procesal del demandante, la actuación del órgano judicial y la consideración de la afectación generada por la duración del proceso, han sido asumidos expresa e implícitamente por la Corte Constitucional de Colombia y por el Tribunal Constitucional del Perú, encontrándose más rezagado en el razonamiento el Tribunal Constitucional de Bolivia que de manera expresa solo se refiere a tres de los cuatro criterios (como en su origen). Sin embargo no puede dejar de manifestarse los avances que se constatan por el Tribunal Constitucional del Perú -que va más allá del razonamiento de la propia Corte IDH-, pues al referirse a cada uno de los criterios, profundiza con un mayor detalle el alcance y el entendimiento de los mismos. Por ejemplo al referirse al primer criterio -complejidad del asunto- fijó cuatro circunstancias que de manera conjunta o alternativa, ayudan a determinar esa complejidad, tal: los hechos, su análisis jurídico, la prueba y pluralidad de agraviados. Con relación al segundo criterio -conducta dilatoria del imputado- se indicó que se debe verificar el comportamiento procesal dilatorio o no y si esa conducta influyó o no en la retardación de la resolución. El tercer criterio -conducta de las autoridades judiciales- debe ser evaluado en tres campos tal: la escasez de los tribunales, la complejidad del régimen procesal y si los actos procesales contribuyeron o no a la pronta resolución del caso. Finalmente con el cuarto criterio -afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada- contribuye a establecer si la demora injustificada ocasiona o no un daño psicológico y/o económico. Con los ejemplos señalados se evidencia como el

Tribunal Constitucional del Perú ha entrado en una dinámica de diálogo muy importante, estableciendo nuevas circunstancias o campos que ayudan a fijar el sentido de cada uno de los criterios, vale decir que la recepción de la jurisprudencia internacional americana no se limita a la recepción de razonamientos, sino que se van complementando y perfeccionando las ideas, a partir de lo dicho por el TEDH, lo ampliado por la Corte IDH y lo puntualizado por el tribunal estatal del Perú. Los cuatro criterios señalados por la Corte IDH que ayudan a determinar la razonabilidad del plazo, resultan ser mínimos que deben ser considerados por cualquier tribunal estatal que deba determinar la violación o no del derecho a ser juzgado en plazo razonable, parámetros generales que han sido puntualizados en su alcance por la interpretación estatal que dieron las autoridades jurisdiccionales del Perú, sin que esa interpretación complementaria vaya en contra del razonamiento general mandado por la Corte IDH, al contrario, se han perfeccionado las ideas, respetándose los derechos a favor del ser humano.

- d. El debido proceso como garantía normativa, asegura que el litigio sea resuelto por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, **juez natural** que deberá dilucidar las pretensiones de las partes dentro del marco normativo de tipo material o sustantivo, como formal o de procedimiento, que determina su jurisdicción y competencia. Una de las realidades que caracterizó a una buena parte del continente americano, en las décadas de los 70, 80 y alrededores, fue la existencia de gobiernos militares que vinieron acompañados con la existencia de jurisdicciones militares que en su actuación se caracterizaron por ser violatorias del derecho al juez natural, en su elemento competencia. Ese tipo de irregularidades ha tenido que ser protegidas por la Corte IDH cuando reconoció que la jurisdicción militar no puede dictar sentencias contra particulares por ilícitos de tipo común, es que la jurisdicción militar solo está para juzgar a militares por delitos de esa misma naturaleza y no otra, o lo que es lo mismo, cuando un tribunal militar juzga asuntos que debe conocer la justicia ordinaria, se



convierte en un tribunal especial, creado para el caso o *ad hoc*. Entre los países andinos estudiados, Perú y Bolivia han atravesado dictaduras con gobiernos y tribunales militares que han vulnerado derechos humanos, lesiones que han sido protegidas por sus tribunales constitucionales, que de manera expresa e implícitamente han acogido la jurisprudencia internacional cuando han considerado que la competencia de los tribunales militares está dada para el juzgamiento de militares y no de civiles, sin embargo esas autoridades militares pueden ser juzgados por la justicia ordinaria cuando comenten delitos de tipo común; evidenciando una misma línea e igual razonamiento entre la Corte IDH y los tribunales estatales de Bolivia y Perú. Otro de los elementos que caracteriza el derecho al juez natural es el referido a la independencia de la autoridad jurisdiccional, que es de tipo orgánico al devenir de los diferentes órganos del Estado cuando ejercen actividad jurisdiccional (no solo del órgano judicial, sino también del ejecutivo y legislativo), todos los que actúan en el marco del principio de separación de funciones, como ha entendido la Corte IDH; esa independencia de tipo orgánico no se da tratándose de tribunales de la estructura militar que actúan bajo los principios de subordinación y obediencia. Tribunales estatales de Bolivia y Colombia, no profundizan el razonamiento de la Corte IDH, al contrario de lo que sucede con el Tribunal Constitucional del Perú, que con una interpretación más avanzada que la del órgano jurisdiccional americano, se refiere al principio de independencia judicial desde tres perspectivas: como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica) respetando el principio de separación de poderes, como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional) con conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción y, como capacidad subjetiva con sujeción a la propia voluntad de ejercer además de defender dicha independencia. Estas interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional del Perú son un avance y complementan a las señaladas por la propia Corte IDH, además de establecer

parámetros exegéticos a otros tribunales estatales americanos. La existencia del elemento independencia del derecho al juez natural, se asegura a través de ciertos procedimientos, tal la forma de nombramiento, el tiempo de mandato, la forma de destitución, el establecimiento de ascensos, traslados y remuneraciones (como entendió el TEDH), procedimientos que si bien aseguran la independencia del juzgador, también se encuentran en estrecha relación con el elemento imparcialidad del derecho al juez natural. Estos procedimientos han sido acogidos de manera parcial por la Corte IDH, porque se ha referido solo a tres, relativos: al nombramiento, duración y destitución. El Tribunal Constitucional del Perú, asumió de manera expresa el parámetro interpretativo de la Corte IDH, pero va más allá de ese razonamiento porque no solo tiene en cuenta esos tres procedimientos, sino que hace mención a otro tal el relativo a la prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro (acogiendo implícitamente el criterio inicial del TEDH), como un medio más de garantía del derecho de las personas a un juez independiente.

- e. El **derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información** goza de una doble dimensión, una de naturaleza individual y otra social, como entendió la Corte IDH; ese razonamiento ha sido asumido de manera general por el Tribunal del Perú y expresamente por los tribunales estatales de Bolivia y Colombia. En esa línea, se evidencia la existencia de un consenso americano dado por la Corte IDH como por los tribunales estatales estudiados, en sentido de que cuando de manera ilegal se restringe la libertad de expresión, se viola el derecho del individuo como el derecho de la colectividad o de todos a recibir información. De manera particular es necesario resaltar la actividad jurisdiccional de la Corte Constitucional de Colombia, que al referirse a la doble dimensión (individual y social) del derecho a la libertad de expresión, no solo acogió el razonamiento de la Corte IDH, sino que complementó y profundizó el alcance de ambas dimensiones, así al referirse a la dimensión individual dejó sentada la posibilidad de que

todas las personas tengan libertad de expresar sus ideas sin temor a ser constreñidos por ello de manera alguna (por razones políticas, económicas, etc.), a su vez, tratándose de la dimensión colectiva amplió el análisis con la idea del interés del receptor comunicativo, interés que no es solo de uno sino de todos. En cuanto al derecho de acceso a la información (o libertad de información activa, como parte del derecho a la libertad de pensamiento y expresión), permite a las personas solicitar y acceder a la información que se encuentra en entidades estatales, posibilitando mayor transparencia en la gestión pública, indispensable para el funcionamiento de la democracia, como entendió la Corte IDH y se ha acogido de manera implícita y expresa por tribunales estatales del Perú y Bolivia respectivamente, produciéndose un consenso americano. Además de los razonamientos mínimos dados por la Corte IDH y asumidos por los tribunales estatales, éstos han ido más lejos aún, así se tiene que el Tribunal Constitucional del Perú no solo se ha referido al derecho de acceso a la información que está en poder de entidades estatales, sino también ha señalado que ese derecho se extiende con relación a la información que se encuentra en entidades de carácter privado que están obligadas a prestar la información que les requieran cuando las mismas prestan un servicio público. Tratándose del Tribunal Constitucional de Bolivia, también ha realizado importantes interpretaciones a favor del ser humano, así se ha reconocido que en la CPE no se ha consagrado el derecho de acceso a la información, pero que en aplicación del principio de favorabilidad -que impide la existencia de una interpretación restrictiva de derechos- se entiende que dicho derecho de acceso a la información forma parte del derecho a la libertad de expresión, como además ha interpretado la Corte IDH.

- f. El derecho individual a la libertad de expresión no es absoluto e ilimitado, sino que puede restringido en la medida que requiere el derecho de la colectividad. La Corte IDH ha entendido que la censura previa sin control por parte del poder público implica el menoscabo de la libertad de pensamiento y expresión, pero dicha

censura previa tampoco es absoluta permitiéndose de manera excepcional para lograr la protección de la infancia y adolescencia. La posición de la Corte IDH sobre la prohibición de censura previa ha sido asumida de manera expresa por la Corte Constitucional de Colombia como por el Tribunal Constitucional del Perú, creándose un consenso americano sobre el alcance y sentido de la censura previa. La Corte Constitucional de Colombia ahonda en los razonamientos realizados por la Corte IDH cuando hace una diferencia entre el alcance de la censura previa con la prohibición previa, señalando que esta última es legítima aunque genere responsabilidades ulteriores, a diferencia de la censura previa que *ipso jure* es ilegítima al generar una violación al derecho a la libertad de expresión. La libertad de expresión puede ser restringida de manera legítima, cuando se da cumplimiento a ciertos requisitos, como: la existencia de causas previamente establecidas por ley (formal y material), legitimidad de los fines (seguridad, honor, orden público, salud, etc.) y el concepto de necesidad dentro de una sociedad democrática que justifique una restricción en el límite de lo necesario (como entendió el TEDH). Los Tribunales estatales americanos han asumido la interpretación dada por la Corte IDH, pero han profundizado los razonamientos en algunos aspectos, por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al requisito relativo a la legitimidad de los fines de la protección, considera que las restricciones no solo deben estar relacionadas con la consecución de determinados objetivos (honor, orden público, etc.), sino que también debe estar dirigido a lograr una finalidad aceptable e importante, limitándose en la menor escala la libertad de expresión. Este mismo tribunal estatal, al referirse a otro de los requisitos que permiten la restricción de la libertad de expresión -tal es la necesidad dentro de una sociedad democrática-, amplía los razonamientos dados por la Corte IDH al referirse a la necesaria proporcionalidad que debe existir en la restricción, entre el interés que justifica y el logro del legítimo objetivo.

- g. El **derecho a la igualdad** entendido como *prohibición de trato arbitrario o igualdad ante la ley*, implica la obligación de los poderes públicos en general y del legislador en particular, de no dar un trato diferente a las personas, salvo que exista razonabilidad o justificación en el trato desigual (como entendió el TEDH), razonabilidad que ha sido apreciada por la Corte IDH cuando considera que las desigualdades en la ley, resultan ser un medio a través del que se logra justicia o ser el vehículo para proteger a quienes aparecen como jurídicamente débiles. En la misma línea autoridades jurisdiccionales estatales (de Bolivia, Colombia y Perú), consideran que el trato desigual ante la ley cuando es justificado y razonable no conduce a un resultado injusto, interpretaciones que evidencian la existencia de posiciones americanas de consenso sobre el tema. No se puede dejar de destacar los razonamientos del Tribunal Constitucional del Perú, que de manera amplia desarrolló el sentido no solo de la “igualdad ante la ley”, sino también la “igualdad en la aplicación de la ley” (actuación de las autoridades jurisdiccionales).
- h. A través del derecho a la igualdad se busca la *protección de grupos sistemáticamente excluidos*, que representan categorías sospechosas por: raza, sexo, edad, etc.. Quienes forman parte de esas categorías, reciben un trato diferenciado o de mayor protección por ser integrantes de grupos que se encuentra en alguna situación de debilidad, sin que por ello se considere que se vulnere el derecho a la igualdad, al existir justificación objetiva y razonable, como ha entendido la Corte IDH. Este Tribunal internacional americano, no ha señalado cuales serían los elementos que ayudan a determinar la existencia de categorías sospechosas, vacío que ha sido cubierto por la jurisprudencia estatal de la Corte Constitucional de Colombia, que de manera avanzada establece que las categorías sospechosas se determinan: por rasgos permanentes de las personas, por estar sometidos históricamente a patrones que los menosprecian y por no constituir *per se* criterios con base a lo cual se pueda efectuar el reparto o división de atribuciones. La misma Corte Constitucional de

Colombia, al referirse a la existencia de categorías sospechosas de discriminación, consideró que para que exista una diferencia de trato debe haber un interés especialmente relevante que responda a una necesidad social imperiosa; lo que implica que el trato desigual no solo debe tener una justificación objetiva y razonable, sino que también debe acreditarse la existencia de una necesidad social imperiosa o razones de mucho peso. Tribunales estatales del Perú y Bolivia no se han referido a los elementos que ayudan a determinar si se está o no frente a una categoría sospechosa. Entre los distintos tipos de discriminación, la Corte IDH en varios casos se ha referido a la prohibición de discriminación contra los *indígenas* -que forman parte de grupos vulnerables-, protegiéndose por ello sus derechos a la: propiedad, garantías judiciales, integridad y otros, sin embargo en la mayoría (no en todos) de los casos no se llegó a tutelar de manera directa el derecho a la igualdad como correspondía *strictu sensu*. Tribunales estatales como el de Bolivia, en muchos casos asumen de manera directa y expresa la jurisprudencia de la Corte IDH con la falencia indicada y no se constata razonamientos críticos al respecto; pasividad que también se dio en otros tribunales estatales que baja el nivel de comunicación y diálogo. Ha sido la propia Corte IDH, la que ha tenido que superar sus propios razonamientos, al referirse en algún momento no solo a la obligación de los Estados de cumplir con la prohibición de no discriminación, sino también reconocer contra dichos Estados la violación del principio de igualdad cuando no cumplen con esa prohibición. Otro grupo vulnerable que forma parte de las categorías sospechosas es el de las mujeres, que por actos de violencia sexual y doméstica sufren permanente discriminación, violándose su derecho de igualdad que en esa circunstancia es tutelado por la Corte IDH. En cuanto a esa discriminación por sexo, el Tribunal Constitucional del Perú ahonda la interpretación y la amplía al referirse a la discriminación que se da no solo en razón al sexo de la víctima, sino también en la existencia de circunstancias que tengan conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona. Tribunales estatales

como los de Colombia y el Perú, asumen implícitamente el razonamiento general de la Corte IDH y complementan la interpretación al referirse también en general a la situación de la mujer frente al varón, reconociéndose que cuando la misma sufre actos discriminatorios se viola su derecho fundamental a la igualdad, desconociéndose la obligación que tiene el Estado de asegurar la igualdad real o material (no formal) de la mujer en la sociedad en general y el lugar de trabajo en particular. Otro grupo vulnerable está constituido por los *extranjeros y migrantes*, respecto a los cuales los Estados asumen la obligación general de respetar sus derechos con independencia de la situación de irregularidad en que se encuentren, garantizando -entre otros- el principio de igualdad y no discriminación, de los derechos laborales y el debido proceso, como ha entendido la Corte IDH; razonamiento asumido de manera expresa por la Corte Constitucional de Colombia. Otros Tribunales como los de Perú y Bolivia, no hacen mayores referencias al respecto.

- i. Los razonamientos dados por la Corte IDH sobre la interpretación de los derechos estudiados, ha sido de absoluta protección y a favor de los derechos humanos. Aunque la Corte IDH en ningún momento establece de manera expresa que su razonamiento fuera el mínimo o la base a partir del cual se debería proteger los derechos en instancias nacionales, esa realidad está inmersa e implícita en el entendimiento tanto de la Corte IDH como de los tribunales estatales americanos estudiados, que a partir de ese mínimo otorgan una mayor protección de los derechos. Vale decir que las interpretaciones que sobre los derechos se han ido dando por los tribunales estatales de Bolivia, Colombia y Perú, parten del razonamiento que ha dado la Corte IDH pero se perfeccionan en su construcción con la reflexión estatal. Se viene produciendo un diálogo jurisprudencial entre la jurisdicción internacional con las jurisdicciones estatal de los países en estudio, que usando el mismo o similar lenguaje realizan una interpretación común que algunas

veces es igual y muchas son superadas, pero todas favorables a los derechos convencionales americanos.

## 7. Diálogo entre el TEDH y la Corte IDH, con relación a tribunales estatales de Europa (España) y América (Colombia, Perú y Bolivia)

- a. El fuerte proceso de integración que se ha ido dando en Europa, ha permitido visualizar la existencia de un decidido compromiso con la defensa de los derechos humanos, estando a la cabeza del Sistema de Protección de los Derechos Humanos en Europa el Tribunal de Estrasburgo o TEDH, cuyos años de existencia y experiencia le ha ido otorgando una innegable autoridad dentro del sistema universal de protección, máxime si se tiene en cuenta los razonamientos, argumentaciones e interpretaciones de los derechos que ha ido dando que no solo le han caracterizado por una rigurosidad académica, sino principalmente por la permanente defensa racional y protección de los derechos humanos; las interpretaciones que ha dado este tribunal internacional han ido más allá de la “cosa juzgada” del fallo, moviéndose en el ámbito de la “cosa interpretada”, al constatarse que su jurisprudencia ha sido asumida por tribunales estatales europeos (Tribunal Constitucional de España, entre otros), como por tribunales internacionales y estatales americanos (Corte IDH, así como por la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional de Perú y el Tribunal Constitucional de Bolivia, entre otros); produciéndose un diálogo que no se ha limitado a una simple recepción de jurisprudencia, sino que se ha generado una verdadera comunicación e interlocución de lo dicho por el TEDH, con relación a lo asumido, interpretado y mejorado en pro de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional de España en Europa, así como por la Corte IDH y tribunales estatales americanos estudiados en América, como se pasa a constatar.
- b. En cuanto al **derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas**, el TEDH analizó la razonabilidad del plazo de un proceso, teniendo en cuenta los mencionados criterios que contribuyen a determinarla,



pero además de manera paralela desarrolló la doctrina del “análisis global del procedimiento”, fijando el momento de inicio o comienzo (*dies a quo*) como el de finalización (*dies ad quem*), dicha doctrina ha sido expresa e implícitamente asumida por la Corte IDH, razonamiento que tuvo eco en tribunales estatales como el Tribunal Constitucional de España, asimismo otros tribunales americanos como la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Bolivia acogen las interpretaciones, sin embargo otros Tribunales estatales como el del Perú, no solo recogen la doctrina sino que la complementan y la relacionan con otra como es la “doctrina del no plazo”, según la cual el plazo de un proceso no se debe medir en forma fija y abstracta (días, meses, años) sino caso por caso, en función del análisis global del proceso, produciéndose un diálogo en las interpretaciones, a partir de entendimientos internacionales que son asumidos y en algún caso con mayor profundidad por un Tribunal estatal.

- c. Otro de los elementos del **derecho al juez natural** es el de la imparcialidad, que se debe analizar desde un doble punto de vista subjetivo (convicción personal) y objetivo (funcional) como entendió el TEDH, razonamiento que inicialmente fue asumido de manera expresa y específica por el Tribunal Constitucional de España, el mismo que con posterioridad va realizando matizaciones a esas interpretaciones iniciales, al considerar que la vertiente subjetiva de la imparcialidad atiende a las relaciones del juez con las partes en litigio y la vertiente objetiva con el *thema decidendi*, nueva interpretación complementaria a la inicial que resulta práctica, en la medida que la imparcialidad también deriva de la relación o de los vínculos que pueda tener el juez, sea con las partes o con el objeto del proceso; a su vez la Corte IDH de manera expresa acoge lo razonado por el TEDH con relación a la doble dimensión de la imparcialidad, así como el análisis de otras instituciones complementarias, tal la recusación y la inhibitoria; tribunales estatales como el del Perú al referirse a la imparcialidad subjetiva y objetiva, señalan expresamente como fuente lo dicho por el TEDH,

sin embargo al referirse al alcance de la recusación también acogen de manera implícita lo razonado por la Corte IDH, así como la Corte Constitucional de Colombia asume expresamente lo señalado por la Corte IDH, cuando menciona que la conformación de tribunales militares viola el principio de imparcialidad.

- d. No se puede imaginar la existencia de una democracia sin que se respete ni proteja el derecho a la **libertad de expresión**, que resulta ser un pilar fundamental o piedra angular para una sociedad democrática, razonamiento que partió del TEDH, se amplió la interpretación por el TCE que consideró que sin libertad se vaciaría de contenido otros derechos; razonamientos que no han sido ajenos a la Corte IDH que considera que sin libertad de expresión la democracia se desvanece y se arraigan sistemas autoritarios; esas interpretaciones se han irradiado a tribunales estatales estudiados, tal la Corte Constitucional de Colombia que se refiere a la libertad como elemento de la democracia participativa. El reconocimiento de la libertad de expresión (opinión pública libre), ligada con el pluralismo implica que esa libertad abarca no sólo las ideas favorables o desfavorables, sino también las que inquietan u ofenden, máxima del pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura, aspectos sin los cuales, no se puede concebir una sociedad democrática, así se reconoció por el TEDH, lo asumió el Tribunal Constitucional de España, al igual que en el ámbito americano lo ha hecho de manera expresa la Corte IDH, como los tribunales estudiados. De similar manera, el TEDH entiende que libertad de expresión, elecciones libres y debate político constituyen el fundamento de todo régimen democrático, en el mismo sentido el TCE considera que el ejercicio de dichas libertades, tiene especial trascendencia en el seno de una campaña electoral, razonamiento acogido de manera expresa por la Corte IDH, al igual que lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia.
- e. El valor preponderante de la libertad de expresión y la relevancia pública de la información, se protege especialmente la información de hechos dada por profesionales de la comunicación, que están

sujetos al principio de veracidad; razonamiento analizado con más profundidad por el TCE cuando se refiere al deber de la diligencia de la comprobación razonable de su veracidad; interpretaciones asumidas de manera expresa por la Corte IDH y por el Tribunal del Perú, que acoge implícitamente lo dicho por el TCE como por los internacionales, cuando señala que la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso, que debe adecuarse aceptablemente a la verdad en sus aspectos más relevantes; ahora bien, no está sujeta al principio de veracidad de los hechos la libertad de expresión u opinión libre de un particular que no informa pero realiza apreciaciones valorativas, como entiende el TEDH y acoge el Tribunal Constitucional de España, al igual que lo hace de manera implícita la Corte IDH, de similar manera que la Corte Constitucional de Colombia que ahondando interpretaciones considera que no existe monopolio sobre la verdad, porque la misma que es un concepto relativo. Finalmente considerar que si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, no puede prevalecer siempre y de manera absoluta, al contrario corresponderá al juzgador determinar cuando se protege el honor y la reputación de los demás como señaló el TEDH, lo que asumió implícitamente por el TCE y se ha acogido expresamente por la Corte IDH; tribunales estatales americanos como el de Colombia unas veces protege la libertad y en otras oportunidades la honra, etc., con sus propias argumentaciones a partir de lo dicho por los tribunales internacionales.

- f. La diferencia de trato justificada y razonable del **derecho a la igualdad** (*como prohibición de trato arbitrario o igualdad ante la ley*), se determina a través del principio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, que se construyó a partir de la jurisprudencia del TEDH que entendió que el derecho a la igualdad se ve violado por un trato diverso cuando no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; el TCE asume expresamente la doctrina relativa al test de proporcionalidad cuando señala que se debe valorar la medida

adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, generándose un consenso europeo sobre el tema. A su vez, la Corte IDH al referirse al indicado principio de proporcionalidad menciona a sus componentes, como son la legitimidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, en la línea de lo señalado por el TEDH. Tribunales estatales americanos como la Corte Constitucional de Colombia, no solo comparten esa posición sino que la profundizan a través del desarrollo de tres tipos de test de razonabilidad leve, estricto e intermedio que con las diferencias correspondientes que existe en cada uno, contribuyen a determinar si se ha lesionado o no la igualdad. Otros tribunales como el del Perú también van más allá del razonamiento de la Corte IDH cuando se refiere al test de igualdad que en todo su alcance, permite verificar la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación. Asimismo el TC de Bolivia en abundante jurisprudencia se refiere a la proporcionalidad y otros elementos que justifican la diferencia de trato.

- g. Por otra parte, la igualdad también se entiende como una *prohibición de discriminación o protección de grupos sistemáticamente excluidos* (indígenas, mujeres, niños, migrantes, etc.), la lista de motivos prohibidos establecidos en instrumentos internacionales (raza, religión, etc.) que no es una de carácter limitativo, sino meramente enunciativa, así entendió el TEDH, criterios asumidos implícitamente por el Tribunal Constitucional de España, como por la Corte IDH, al igual que tribunales estatales americanos como el de Colombia, generándose un consenso global en ese sentido. El alcance de la discriminación indirecta partió de razonamientos del TEDH cuando se refirió a criterios de diferenciación jurídica en principio neutros que dieron lugar a un resultado dañoso o perjudicial con referencia a una minoría racial en desventaja; razonamientos asimilados expresa e implícitamente por el TCE. Asimismo la Corte IDH en la misma línea se refiere a la discriminación *de iure* o *de facto* que se pueden generar de manera directa o indirecta. Tribunales estatales como el del Perú, ahondan

en el alcance de lo que son ambos tipos de discriminación. Por otra parte, existen desarrollos doctrinales sobre la obligación positiva de los Estados, que implica el deber que tienen de adoptar las medidas que sean necesarias, para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en la sociedad con relación a grupos vulnerables, obligación que sin embargo debe interpretarse en sentido de que no se impongan cargas de imposible cumplimiento o desproporcionadas, como entendió el TEDH; en un similar sentido esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español, además de lo señalado expresamente por la Corte IDH, y lo asumido por los Tribunales del Perú y Bolivia, como de la Corte Constitucional de Colombia, generándose un consenso global sobre el tema.

- h. De lo mencionado se constata que en la mayoría de los fallos de la Corte IDH se hace una remisión expresa a los razonamientos y desarrollos que sobre los derechos estudiados ha dado el TEDH. En otros casos se evidencia que aunque la Corte IDH no haga remisiones expresas es indudable que de manera implícita se asume las interpretaciones que en su construcción han partido de lo dicho por el TEDH. A su vez a partir de lo dicho por el TEDH, se comprueba que tribunales estatales europeos como el Tribunal Constitucional de España y americanos estudiados no solo han considerado a su precedente (razonamientos del TEDH y de la Corte IDH -tratándose de los tribunales americanos-) como una simple jurisprudencia de mínimos, al contrario a partir de esos razonamientos base, se ha ido aumentando el nivel de protección de los derechos (sea el derecho a un proceso en plazo razonable, juez natural, libertad de expresión e igualdad -estudiados-). Es evidente que si bien en algunas oportunidades se asumió la jurisprudencia del TEDH para reforzar sus propias argumentaciones, en otras oportunidades la Corte IDH como las estatales, han realizado importantes interpretaciones complementarias, acorde con las realidades a las que se aplica.

- i. Conforme a lo antes manifestado el diálogo resulta ser profundo desde el punto de vista de la comunicación entre el TEDH con lo acogido e interpretado inclusive con mayor favorabilidad para el ser humano por la Corte IDH y tribunales estatales (un europeo y tres americanos). A la inversa, tratándose de los derechos estudiados la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por el TEDH no es muy amplia, pues la comunicación se limita por una parte a que el TEDH reitere los razonamientos expresados por la Corte IDH, por otro lado en esas interpretaciones el TEDH no profundiza una interpretación que sea más favorable al ser humano, sino que otorga la protección en el límite de lo dicho. La mención a la jurisprudencia de la Corte IDH por el TEDH tiene un carácter más de tipo ilustrativo pues sirve para dar mayor legitimidad al fallo, demostrándose con ello que los razonamientos expresados resultan ser compartidos por otro tribunal internacional americano.
- j. En un rápido análisis de otros derechos que no son objeto de un mayor estudio en el presente trabajo, se ha constatado como se produjo un mayor y profundo diálogo, cuando el TEDH acoge y aplica las construcciones que inicialmente realizó la Corte IDH con relación al derecho a la vida (desapariciones forzadas) e integridad personal, mejorando las construcciones primeras en pro del ser humano. Los iniciales razonamientos que dio la Corte IDH, se debió a la especial circunstancia que atravesaron varios Estados americanos, épocas en las que prácticamente ese órgano internacional fue el único que dio una real protección a las personas, en tiempos que se caracterizaron porque gobiernos militares de la región realizaron una serie de abusos que no solo acabaron con vidas humanas (muchos de ellos oficialmente desaparecidos forzosamente) sino con graves lesiones a la integridad de las personas, actuaciones tan lamentables como aquellas que evidencian inercia de los órganos de protección estatal. Por ejemplo tratándose de la desaparición forzada de personas la Corte IDH considera que la misma constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos convencionales, tal el derecho a

la vida, libertad y otros, el carácter permanente o continuado de la violación permite hablar de la competencia *ratione temporis* de estos tribunales internacionales, entendimiento acogido por el TEDH. Otro caso se da tratándose del derecho a la integridad personal que se ve afectado por torturas causadas deliberadamente con el objetivo de causar severos y crueles daños, tal el sufrimiento físico, que conlleva tortura psicológica o mental, como entendió la Corte IDH y se ha acogido por el TEDH. Dicho tribunal internacional europeo, además ha profundizado el razonamiento a favor del ser humano, cuando hace mención a los elementos que integran una tortura, tal la apreciación relativa de la intensidad del dolor infligido a la víctima, el principio de presunción de causalidad entre los hechos atestiguados y la falta de explicación por el Estado, la valoración de las circunstancias concretas del caso (contexto socio político) y de la víctima (edad, sexo, etc. ).

#### **8. Cinco propuestas para lograr un mejor diálogo entre tribunales (internacionales y estatales) de protección de los derechos humanos**

- a. En el presente trabajo se ha llegado a constatar que las relaciones entre la Corte IDH con los tribunales estatales de Bolivia, Colombia y Perú no está ajena a tensiones que provocan que el diálogo no siempre sea profundo y la comunicación se corte, hasta el extremo de que algún país ha anunciado denunciar la CADH y otros -como Venezuela- así ya lo han hecho. Se realizó un esfuerzo para buscar vías que permitan encontrar un diálogo constructivo entre jurisdicciones, que legitime las decisiones supra-estatales sobre derechos, alcanzándose de esa manera su cabal cumplimiento y una adecuada comunicación de protección y construcción de los derechos humanos.
- b. Los caminos encontrados parten del análisis de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, que implica una derivación que hace el TEDH hacia los tribunales nacionales, para que sean éstos los que otorguen la protección demandada, por ser quienes conocen mejor de la realidad que es diversa; esta doctrina tiene muy poca

aplicación y acogida dentro del SIDH que se mueve más en el ámbito de la doctrina del “seguimiento nacional” que deben realizar los tribunales estatales de la jurisprudencia de la Corte IDH, en una interpretación conforme. A partir de esa realidad se propone que en América se aplique la doctrina del “margen de apreciación nacional”, pero no en su más pura forma, sino con las matizaciones que en su construcción ha ido dando el propio TEDH, cuando se refiere a los estándares comúnmente aceptados -o no- por el “consenso europeo”, a partir de lo cual se fija un mínimo denominador común a respetar, vinculado a la defensa de los derechos humanos. En similar medida la Corte IDH bien podría fijar de manera expresa el mínimo común de los derechos, hasta lograr un “consenso regional” que no solo sea europeo, sino también americano, pero con cierto margen de apreciación nacional.

- c. La Corte IDH sin aplicar de manera expresa la doctrina del “margen de apreciación nacional”, indirectamente lo ha hecho cuando a tiempo de otorgar la protección de un derecho, por una parte reconoce las facultades del Estado para regular y proteger tal o cual derecho (dentro de un margen de apreciación nacional), pero por otra señala que ese Estado no puede establecer restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho. Esta solución tiene importancia y debe implementársela con mayor regularidad, pues es el propio tribunal internacional el que reconoce la facultad que tiene cada uno de los órganos jurisdiccionales de los Estados de otorgar la protección de los derechos, pero dentro de un margen de apreciación nacional que nunca debe llegar a alterar las obligaciones convencionales. Debe quedar establecido que los límites de actuación de las autoridades del poder público al otorgar la tutela demanda y proteger los derechos, deben hacerlo sin afectar el contenido esencial o respetando el núcleo irreductible de los derechos y garantías convencionales y constitucionales.
- d. El activismo judicial que ha caracterizado a la actuación de la Corte IDH, por ejemplo disponiendo y ordenando a algún país la modificación de su Constitución etc., ha generado resistencia y



disconformidad de algunos Estados. En ese escenario y a fin de evitar tensiones que no siempre son saludables, en el ejercicio del “control de convencionalidad en sede internacional” podría la Corte IDH solicitar a la autoridad pública estatal adopte ciertas medidas de protección de los derechos humanos, en similar sentido de la forma como el TEDH invita o recomienda algún Estado a modificar una norma, dejando cierto margen de discrecionalidad al Estado a la hora de definir los mecanismos procesales, como la autoridad pública que se hará cargo del cumplimiento. Esas sentencias de recomendación (no de orden e imposición) del tribunal internacional, deben ser lo suficientemente claras al dar las directrices que deben ser seguidas por la autoridad estatal, generándose entre el órgano internacional y las autoridades nacionales (que puede ser o no una autoridad jurisdiccional) una comunicación e interrelación en pro y defensa de los derechos humanos.

- e. Otra propuesta gira en torno a la manera como se lleva adelante el “control de convencionalidad interno o estatal”, que en América puede ser realizado con cierta matización al trabajo actual, en forma similar de lo que se ha dado en las relaciones del TEDH con el Tribunal Constitucional de España. En aquellos casos en los que la Corte IDH hubiera dispuesto una condena contra un Estado porque alguna ley carece de la calidad correspondiente (por ser inadecuada, genérica, incompleta u alguna otra razón), debe abrirse la posibilidad de la corrección de dicha norma interna, no solo a través de la modificación legislativa ordenada por la Corte IDH -que lamentablemente no siempre se cumple-, sino también por medio del diálogo jurisprudencial que realizan los tribunales estatales. Cuando la autoridad estatal resuelve algún caso concreto acoge y asume la interpretación internacional, otorgando a la ley cuestionada la calidad pertinente, superando las deficiencias normativas vía interpretativa, abriéndose la posibilidad de que se genere un diálogo resultado de la colaboración directa del tribunal estatal con el tribunal internacional, como otra forma de otorgar y dar mayor protección al ser humano.

- f. Nadie debería negar el carácter vinculante y obligatorio que tienen los fallos que emiten los tribunales internacionales, en el marco de la cosa juzgada -en el caso concreto- y más allá aún dentro del alcance de la cosa interpretada -en todos los casos-. Sin embargo de ello, no son pocas las situaciones en las que la autoridad estatal no comparte con los razonamientos vinculantes dados por el tribunal internacional. En ese contexto y tratándose de la cosa interpretada, tendría que abrirse camino para fortalecer y construirse un “diálogo crítico”, que parte de razonamientos fundados del tribunal estatal con cuestionamientos interpretativos de la jurisprudencia internacional. Con esa actividad se busca provocar una retroalimentación, como una mejor y mayor comunicación, además de protección de los derechos humanos; es decir se busca una alternativa para salir de la práctica habitual en sentido de que el tribunal nacional acoja la interpretación del internacional. A contrario *sensu* con ese diálogo crítico lo que se pretende es que de manera eventual el tribunal estatal sea el que genere -a partir de un razonamiento fundado- un cambio en la interpretación de los derechos que realiza el tribunal internacional.
- g. Con estas cinco vías, se busca establecer canales de comunicación, que permitan con claridad una amplia interlocución entre la Corte IDH y los tribunales estatales, resultando ese un esfuerzo por lograr que se consolide a cabalidad, un verdadero diálogo jurisprudencial constructivo, que permita a ambas jurisdicciones hablar el mismo idioma, a fin de obtener una real y efectiva protección de los derechos humanos, señalados en la CADH y demás tratados de protección; al margen de los disensos que naturalmente pueden haber, que hacen también a la construcción de un diálogo crítico, que resulta ser saludable para la defensa de los derechos humanos.

## **9. Hacia la construcción de un derecho americano de los Derechos Humanos e incipiente derecho global de los derechos humanos**

- a. La Corte IDH, como jurisdicción contenciosa de los Estados partes de la OEA que han reconocido su competencia, emite fallos cuyo

cumplimiento es obligatorio para el Estado condenado (*res judicata*), pero además establece en sus razonamientos estándares mínimos comunes en materia de respeto y protección de los derechos humanos, interpretaciones que resultan vinculantes a todos los Estados americanos obligados (*res interpretata*). En el marco de la cosa interpretada por la Corte IDH con relación a los derechos estudiados en el presente trabajo (proceso en plazo razonable, juez natural, libertad de expresión e igualdad), se evidencia que este tribunal internacional americano ha realizado importantes construcciones de protección de los derechos asegurados convencionalmente. Esas interpretaciones han sido asumidas plenamente por los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Perú y Colombia, órganos estatales que de manera expresa o implícita parten de lo dicho por la Corte IDH, unas veces replicando las ideas, otras y en su mayoría, aumentando y perfeccionando la protección a favor del ser humano. Todo lo que permite afirmar que se está creando un derecho americano de los derechos humanos.

- b. Muchas de las construcciones doctrinales que ha desarrollado la Corte IDH sobre derechos estudiados, han tenido como fuente la interpretación que de ellos ha dado el TEDH que a través de los años ha demostrado su compromiso con la protección de los derechos humanos. La interpretación que ha realizado el TEDH no solo ha inspirado a razonamientos de la Corte IDH, sino que más allá aún, se ha impregnando en las reflexiones de los tribunales estatales europeos como es el Tribunal Constitucional de España y americanos como son la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Constitucional de Bolivia. Estos entes de protección nacional de manera expresa e implícita, han asumido los razonamientos que ha dado el TEDH, además de lo dicho por la Corte IDH tratándose de los tribunales estatales americanos. Se está consolidando un sistema de protección universal real y efectivo, que resguarda el orden público europeo y americano, sustentado en un entendimiento común del lenguaje de los derechos, que también es común. Se está formando

un “diálogo jurisprudencial” profundo entre los órganos jurisdiccionales (internacionales y estatales), cuando se mejora la construcción de los derechos y su protección, en mérito a nuevos argumentos y complementarios a los originales. En ese escenario se puede afirmar que la construcción del derecho americano de los derechos humanos en gran medida es coincidente con el derecho europeo de los derechos humanos, lo que nos lleva a la conclusión de que estamos asistiendo al nacimiento de un derecho global de los derechos humanos.

- c. Por la globalización de los derechos, todas las personas se encuentran facultadas de acudir ante tribunales jurisdiccionales internacionales o estatales, demandando igual tutela y protección. De ahí que las jurisdicciones constitucionales estatales se comunican y dialogan con las jurisdicciones convencionales internacionales, introduciendo en su perspectiva estatal igual, análoga o mejor interpretación constitucional y convencional de los derechos, creándose de esta manera un similar orden público europeo y americano. El entendimiento común o lenguaje compartido de los derechos, es resultado de un proceso de creación de un derecho europeo de los derechos humanos, que se va desarrollando de manera paralela al derecho americano de los derechos humanos, que hace a la existencia de un derecho global de los derechos humanos. Ese proceso de construcción global (europeo y americano), es efecto positivo de la globalización de derechos que se da en un mismo tiempo pero con diversa fuerza, lo que permite afirmar que las tendencias de construcción de derechos no siempre transcurren en idéntico sentido, pero si tienen un mismo norte, que es la mejor y mayor protección a favor del ser humano.
- d. La dinámica diversa en la que se mueve el derecho global de los derechos humanos (americano y europeo), no impide su construcción que se viene operando dentro de los Sistemas de Protección Regional americano y europeo, con relación a países occidentales como los estudiados: España, Perú, Bolivia y Colombia. Estos países si bien vienen cargados de sus propias

diferencias, culturas, tradiciones, costumbres, etc., se caracterizan por contar con un denominador común, que no es otro que el pretender lograr entre todos la defensa de los derechos humanos contra el excesivo poder de algún Estado, dando primacía a la protección internacional. No se puede desconocer que en el interior de los países americanos existe un reconocimiento constitucional, además de haber uno de tipo convencional, que se caracteriza por la protección de las naciones o pueblos indígenas u originarios, que con sus propios derechos, autoridades y formas de administración de justicia, aportan un nuevo dato en la experiencia constitucional y convencional. Estos reconocimientos normativos no impiden que aparezcan ciertos conflictos por la coexistencia jurídica tradicional (constitucional y ordinaria) e indígena, pero no por ello en esos nuevos escenarios no se otorga la protección a los derechos humanos, que siempre están salvaguardados por encima de las heterogeneidades normativas propias de cada cultura que existe en los Estados, que no están ajenos a la protección internacional, al contrario.

- e. Las complicaciones que puede tener la construcción de un derecho global de los derechos humanos en países con tradición occidental (como los estudiados), quedan pequeñas cuando se analiza otras realidades normativas, culturas, costumbres religiosas, conceptos filosóficos y otros de países con diferente tradición a la occidental. Por ejemplo las tradiciones culturales: asiáticas, musulmanas, induistas, africana, etc., no comparten el mismo entendimiento sobre los valores y derechos que la concepción occidental que es laica o que no está vinculada a las apreciaciones religiosas y otros pensamientos que influyen en aquellas tradiciones culturales diversas; lo que sin duda dificulta un entendimiento global de los derechos humanos. En todo caso es necesario dejar establecido que ningún Estado que forme parte de alguna tradición cultural (occidental, oriental, musulmana, etc.) puede considerarse titular del derecho de imponer a otras sociedades su manera de pensar y de relacionarse con otros, al calificar que es lo justo o que no.

- f. Por lo dicho existe cierto relativismo en la universalización de los derechos humanos, al depender su configuración de la idiosincrasia de cada pueblo, lo que da lugar a conflictos que bien podrían resolverse a nivel interno de los Estados, buscando entre todas fórmulas y soluciones que compatibilicen las diferencias culturales, cuidándose el contenido esencial de los derechos humanos. Esta solución en el ámbito del derecho internacional público, no deja de ser una aspiración política de difícil realización por la poca voluntad que puede existir entre los mismos Estados. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, están los organismos jurisdiccionales supra estatales como son la Corte IDH y el TEDH, constituidos por prestigiosos y prestigiosas juristas que reúnen cualidades éticas y técnicas para el cargo. Estos tribunales internacionales pueden comprender los conflictos que se generan en los Estados a partir de las realidades culturales y tradiciones diversas, dando soluciones prudentes que viabilicen la protección y respeto de los derechos humanos, por lo menos en su contenido esencial mínimo y hacia arriba. Las soluciones de las autoridades supranacionales se dan en el marco de la globalización de los derechos humanos, sin que se pare ni se perturbe la construcción del derecho americano y europeo de los derechos humanos.
- g. Finalmente, es necesario dejar sentado que no se puede desconocer que en el contexto universal, existen Sistemas de Protección de los Derechos Humanos no solo europeo y americano (a los que se ha hecho alguna mención en el presente trabajo) sino también africano. Cada uno de esos sistemas está integrado por tribunales internacionales de protección cuya actividad se irradia a tribunales nacionales de infinidad de Estados, los que a su vez están no solo sometidos a la actividad jurisdiccional internacional, sino también a una gran cantidad de instrumentos regionales de protección, a la ONU y demás instituciones de integración universal. La afirmación realizada en sentido de que se está produciendo un diálogo y entendimiento común de los derechos, además de estar dentro de un proceso de construcción de un derecho americano e

incipiente derecho global de los derechos humanos, se realiza dentro del marco y los límites de los tribunales internacionales y estatales estudiados, como de los derechos analizados. Esta conclusión no es absoluta sino inicial, pero permite -aún con todas estas limitaciones- hablar ya de un derecho global de los derechos humanos *in statu nascendi*, de ahí que este trabajo contenga en su subtítulo la expresión *hacia un derecho global* en el sentido de camino recién iniciado.





## **RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS**



## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **1982**

OC 2/82, de 24 de septiembre de 1982

### **1983**

OC 03/83, de 08 de septiembre de 1983

### **1984**

OC 4/84, de 19 de enero de 1984

### **1985**

OC 5/85, de 13 de septiembre de 1985

### **1986**

OC 7/86, de 29 de agosto de 1986

### **1988**

Velazquez Rodríguez y otros Vs. Honduras, de 29 de julio de 1988

Godínez Cruz Vs. Honduras, de 20 de enero de 1989

### **1989**

Velazquez Rodríguez y otros Vs. Honduras, de 21 de julio de 1989

OC10/89, de 14 de julio de 1989

### **1994**

Gangaram Panday Vs. Surinam, de 21 de enero de 1994

OC 14/94, de 09 de diciembre de 1994

### **1995**

Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, de 08 de diciembre de 1995

### **1996**

Loayza Tamayo Vs. Perú, de 31 de enero de 1996

### **1997**

Suárez Rosero Vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997

Loayza Tamayo Vs. Perú, de 17 de septiembre de 1997

Genie Lacayo Vs. Nicaragua, de 29 de enero de 1997

Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, de 29 de enero de 1997

### **1998**

Blake Vs. Guatemala, de 24 de enero de 1998

Loayza Tamayo Vs. Perú, de 27 de noviembre de 1998

Benavides Cevallos Vs. Ecuador, de 19 de junio de 1998

### **1999**

Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, de 30 de mayo de 1999

Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, de 17 de noviembre de 1999  
Cesti Hurtado Vs. Perú, de 29 de septiembre de 1999  
OC 16/99, de 01 octubre de 1999  
Niños De La Calle Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999

## **2000**

Bamáca Velásquez Vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2000  
Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 26 de enero de 2000  
Cantoral Benavides Vs. Perú, de 18 de agosto de 2000  
Durand y Ugarte Vs. Perú, de 16 de agosto de 2000

## **2001**

Baena Ricardo y otro Vs. Panamá, de 02 de febrero de 2001  
Tribunal Constitucional Vs. Perú, de 31 de enero de 2001  
Barrios Altos Vs. Perú, de 14 de marzo de 2001  
Las Palmeras Vs. Colombia, de 06 de diciembre de 2001  
Ivcher Bronstein Vs. Perú, de 06 de febrero de 2001  
Barrios Altos Vs. Perú, de 30 de noviembre de 2001  
Cantoral Benavides Vs. Perú, de 03 de diciembre de 2001  
Olmedo Bustos (Última Tentación) Vs. Chile, de 05 de febrero de 2001

## **2002**

Baena Ricardo y otro Vs. Panamá, de 22 de septiembre de 2002  
Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 27 de febrero de 2002  
Las Palmeras Vs. Colombia, de 22 de noviembre de 2002  
Bámaca Velasquez Vs. Guatemala, de 22 de febrero de 2002  
Cantos Vs. Argentina, de 28 de noviembre de 2002  
Hilarie, Constantine y Benjamín Vs. Trinidad y Tobago, de 21 de junio de 2002  
OC 17/02, de 28 de agosto de 2002

## **2003**

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003  
Olmedo Bustos (Última Tentación) Vs. Chile, de 28 de noviembre de 2003  
Maritza Urrutia Vs. Guatemala, de 27 de noviembre de 2003  
Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, de 07 de junio de 2003  
Bulacio Vs. Argentina, de 18 de septiembre de 2003  
Cinco Pensionistas Vs. Perú, de 28 de febrero de 2003  
Baena Ricardo y otro Vs. Panamá, de 28 de noviembre de 2003  
OC18/03, de 17 de septiembre de 2003

## **2004**

Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 02 de julio de 2004  
Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 17 de noviembre de 2004  
Hermanas Cruz Serrano Vs. Salvador, de 23 de noviembre de 2004  
Lori Berenson Mejía Vs. Perú, de 25 de septiembre de 2004  
Carpio Nicole y otros Vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004  
Ricardo Canese Vs. Paraguay, de 31 de julio de 2004  
Chaparro Álvarez y otro Vs. Costa Rica, de 02 de julio 2004  
Tibi Vs. Ecuador, de 07 de septiembre de 2004  
19 Comerciantes Vs. Colombia, de 05 de julio de 2004

## Masacre Plan De Sánchez Vs. Guatemala, de 29 de abril de 2004

### 2005

Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 12 de septiembre de 2005  
Solicitud de OC presentada por la CIDH, de 24 de junio de 2005  
Gutiérrez Soler Vs. Colombia, de 12 de septiembre de 2005  
Palamara Iribarne Vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005  
Gomez-Palomino Vs. Perú de 22 de noviembre de 2005  
Caesar Vs. Trinidad y Tobago, de 11 de marzo de 2005  
Blanco Romero Vs. Venezuela, de 28 de noviembre de 2005  
Fermín Ramírez Vs. Guatemala, de 20 de junio de 2005  
Mapiripan Vs. Colombia, de 15 de septiembre de 2005  
Yatama Vs. Nicaragua, de 23 de junio de 2005  
Moiwana Vs. Surinam, de 15 de junio de 2005  
Yakye Vs. Paraguay, de 17 de junio de 2005

### 2006

Vargas Areco Vs. Paraguay, de 26 de septiembre de 2006  
La Cantuta Vs. Perú, de 29 de noviembre de 2006  
López Alvarez Vs. Honduras, de 01 de febrero de 2006  
Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú. De 24 de noviembre de 2006  
Tribunal Constitucional Vs. Perú, de 07 de febrero de 2006  
19 Comerciantes Vs. Colombia, de 02 de febrero de 2006  
Ricardo Canese Vs. Paraguay, de 02 de febrero de 2006  
El Amparo Vs. Venezuela, de 04 de julio de 2006  
Almonacid Arellano Vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006  
Colegio De Abogados De Lima Vs. Perú, de 13 de junio de 2006  
Claude Reyes Vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006  
Goiburú y otros Vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2006  
Masacre Del Pueblo Bello Vs. Colombia, de 31 de enero de 2006  
Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, de 29 de marzo de 2006  
Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, de 25 de noviembre de 2006  
Ximenes López Vs. Brasil, de 04 de julio de 2006  
Baldeón García Vs. Perú, de 06 de abril de 2006

### 2007

Boyce y otros Vs. Barbados, de 20 de noviembre de 2007  
La Cantuta Vs. Perú, de 30 de noviembre de 2007  
Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 21 de noviembre de 2007  
Chaparro Álvarez y otro Vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007  
Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, de 02 de septiembre de 2007  
Saramaka Vs. Surinam, de 28 de septiembre de 2007

### 2008

Goiburú y otros Vs. Paraguay, de 08 de agosto de 2008  
Heliodoro Portugal Vs. Panamá, de 12 de agosto de 2008  
Kimel Vs. Argentina, de 2 de mayo de 2008  
Castañeda Gutman Vs. México, 02 de agosto de 2008  
Escué Zapata Vs. Colombia, de 05 de mayo de 2008  
Bayarri Vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008

Valle Jaramillo Vs. Colombia, de 27 de septiembre de 2008  
Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, de 27 de noviembre de 2008  
Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, de 05 de agosto de 2008  
Niñas Yean Y Bosico Vs. República Dominicana, de 08 de septiembre de 2008

**2009**

Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 12 de agosto de 2009  
Trujillo Oroza Vs. Bolivia, de 16 de noviembre de 2009  
Radilla Pacheco Vs. México, de 23 de noviembre de 2009  
Kawas Fernández Vs. Honduras, de 03 de abril de 2009  
Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, de 01 de julio de 2009  
Rios y otros Vs. Venezuela, de 28 de enero de 2009  
Perozo y otros Vs. Venezuela, de 28 de enero de 2009  
Campo Algodonero México, de 16 de noviembre de 2009

**2010**

Iben Cárdenas E Ibsen Peña Vs. Bolivia, de 01 de septiembre de 2010  
Cepeda Vargas Vs. Colombia, de 26 de mayo de 2010  
Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México, de 26 de noviembre de 2010  
Gomes Lund y otros Vs. Brasil, de 26 de noviembre de 2010  
Rosendo Cantú y otra Vs. México, de 31 de agosto de 2010  
Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, de 26 de noviembre de 2010

**2011**

Ticona Estrada Vs. Bolivia, de 23 de febrero de 2011  
Loayza Tamayo Vs. Perú, de 01 de julio de 2011  
Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, de 01 de julio de 2011  
Cinco Pensionistas Vs. Perú, de 30 de noviembre de 2011

**2012**

Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, de 27 de febrero de 2012  
Las Palmeras Vs. Colombia, de 03 de febrero de 2012  
Gutiérrez Soler Vs. Colombia, de 08 de febrero de 2012  
Barrios Altos Vs. Perú, de 07 de septiembre de 2012

**2013**

Gelman Vs. Uruguay, de 20 de mayo de 2013

**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS****1968**

Neumeister Vs. Austria, de 27 de junio de 1968  
Wemhoff Vs. Alemania, de 27 de junio de 1968  
Régimen Lingüístico Vs. Bélgica, de 23 de agosto de 1968

**1970**

Delcourt Vs. Bélgica, de 17 de enero de 1970

**1971**

Ringeisen Vs. Austria, de 16 de julio de 1971

**1975**

Golder Vs. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975

**1976**

Handyside Vs. Reino Unido, de 07 de diciembre de 1976

Engel y otros Vs. Dinamarca, de 08 de junio de 1976

Kjeldesen y otros Vs. Dinamarca, de 07 de julio de 1976

**1978**

Irlanda Vs. Reino Unido, de 18 de enero de 1978

Tyrer Vs. Reino Unido, de 25 de abril de 1978

**1979**

Marckx Vs. Bélgica, de 13 de junio de 1979

The Sunday Times Vs. Reino Unido, de 29 de marzo de 1979

Airey Vs. Irlanda, de 09 de octubre de 1979

**1982**

Piersack Vs. Bélgica, de 01 de octubre de 1982

Eckle Vs. Alemania, de 15 de julio de 1982

Corigliano Vs. Italia, de 10 de diciembre de 1982

**1983**

Pretto Vs. Italia, de 08 de diciembre de 1983

Zimmermann Y Steiner Vs. Suiza, de 13 de julio de 1983

**1984**

Campbell Y Fell Vs. Reino Unido, de 28 de junio de 1984

De Cubber Vs. Bélgica, de 26 de octubre de 1984

Arret Guincho Vs. Portugal, de 10 de julio de 1984

Rasmussen Vs. Dinamarca, de 28 de noviembre de 1984

**1985**

Bentham Vs. Holanda, de 23 de octubre de 1985

Barthold Vs. Alemania, de 25 de marzo de 1985

Abdulaziz y otros Vs. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985

**1986**

Lingens Vs. Austria, de 08 de julio de 1986

Johnston y otros Vs. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986

**1987**

Mathieu-Mohin Y Clerfay Vs. Bélgica, de 02 de marzo de 1987

Inze Vs. Austria, de 28 de octubre de 1987

**1988**

Belilos Vs. Suiza, de 29 de abril de 1988

Kaya Vs. Turquía, de 19 de febrero de 1988

**1989**

Langborger Vs. Suecia, de 22 de junio de 1989  
Hauschildt Vs. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989  
Soering Vs. Reino Unido, de 07 de julio de 1989  
Unión Alimentaria Sanders Vs. España, de 07 de julio de 1989  
Markt Intern Verlag GmbH Vs. Alemania, de 20 de noviembre de 1989

**1991**

Vernillo Vs. Francia, de 20 de febrero de 1991  
Motta Vs. Italia, de 19 de febrero de 1991  
The Observer And The Guardian Vs. Reino Unido, de 26 de noviembre de 1991

**1992**

Pfeifer Y Plankl Vs. Austria, de 25 de febrero de 1992  
Abdoella Vs. Países Bajos, de 25 de noviembre de 1992  
Thorgeirson Vs. Islandia. De 25 de junio de 1992  
Castells Vs. España, de 23 de abril de 1992

**1993**

Fey Vs. Austria, de 24 de febrero de 1993  
Ruiz Mateos Vs. España, de 23 de junio de 1993  
Hoffmann Vs. Austria, de 23 de junio de 1993

**1994**

Jersild Vs. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994  
López Ostra Vs. España, de 09 de diciembre de 1994  
Stjerna Vs. Finlandia, de 25 de noviembre de 1994

**1995**

Prager Y Oberschlick Vs. Austria, de 26 de abril de 1995  
Tolstoy Miloslavsky Vs. Reino Unido, de 13 de julio de 1995

**1996**

Pullar Vs. Reino Unido, de 10 de junio de 1996  
Chahal Vs. Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996  
Gaygusuz Vs. Austria, de 16 de abril de 1996

**1997**

Fidlay Vs. Reino Unido, de 25 de febrero de 1997  
Conie Vs. Reino Unido, de 24 de septiembre de 1997

**1998**

Valenzuela Contreras Vs. España, de 30 de julio de 1998  
Kudabec Vs. Eslovaquia, de 02 de septiembre de 1998  
Kurt Vs. Turquía, de 25 de mayo de 1998  
Partido Comunista Unido Vs. Turquía, de 30 de enero de 1998  
Incal Vs. Turquía, de 09 de junio de 1998  
Bowman Vs. Reino Unido, de 19 de febrero de 1998  
Osman Vs. Reino Unido, de 28 de octubre de 1998



Petrovic Vs. Austria, de 27 de marzo de 1998

### **1999**

Cable y otros Vs. Reino Unido, de 18 de febrero de 1999

Fressoz Y Roire Vs. Francia, de 21 de enero de 1999

Arslan Vs. Turquía, de 09 de julio de 1999

### **2000**

Darktaras Vs. Lituania, de 10 de octubre de 2000

Messina Vs. Italia, de 28 de septiembre de 2000

Ertak Vs. Turquía, de 05 de septiembre de 2000

Thlimmenos Vs. Grecia, de 06 de abril de 2000

Kilic Vs. Turquía, de 28 de marzo de 2000

### **2001**

Wilkinson Y Allen Vs. Reino Unido, de 06 de febrero de 2001

Partido De La Prosperidad Vs. Turquía, de 31 de julio de 2001

Chipre Vs. Turquía, de 10 de mayo de 2001

### **2002**

Stafford Vs. Reino Unido, de 28 de mayo de 2002

Lavents Vs. Letonia, de 28 de noviembre de 2002

Pretty Vs. Reino Unido, de 29 de abril de 2002

Feldek V. Vs. Eslovaquia, de 12 de julio de 2002

Dichand Vs. Austria, de 26 de febrero de 2002

Gaweda Vs. Polonia, de 14 de marzo de 2002

Selim Sedak Vs. Turquía, de 11 de julio de 2002

Fretté Vs. Francia, de 26 de febrero de 2002

Pretty Vs. Reino Unido, de 29 de abril de 2002

Wessels-Bergervoet Vs. Holanda, de 04 de junio de 2002

Willis Vs. Reino Unido, de 11 de junio de 2002

### **2003**

Prado Bugallo Vs. España, de 18 de febrero de 2003

Cooper Vs. Reino Unido, de 16 de diciembre de 2003

Partido De La Prosperidad Vs. Turquía, de 13 de febrero de 2003

López Sole Y Martín De Vargas Vs. España, de 28 de octubre de 2003

Koua Poirrez Vs. Francia, de 20 de noviembre de 2003

### **2004**

Sedovic Vs. Italia, de 10 de noviembre de 2004

### **2005**

Hutten-Czapska Vs. Poland, de 22 de febrero de 2005

Oclan Vs. Turquía, de 12 de mayo de 2005

### **2006**

Coban Vs. España, de 25 de septiembre de 2006

Sacilor Lorminess Vs. Francia, de 09 de noviembre de 2006

Ergin Vs. Turquía, de 05 de abril de 2006

Mamere Vs. Francia, de 07 de noviembre de 2006  
Zeman Vs. Austria, de 29 de junio de 2006

**2007**

Tremblay Vs. Francia, de 11 de septiembre de 2007  
Musayev y otros Vs. Rusia, de 26 de julio de 2007  
Stoll Vs. Suiza, de 10 de diciembre de 2007  
Luczak Vs. Polonia, de 27 de noviembre de 2007

**2008**

Yumak Y Sadak Vs. Turquía, de 08 de julio de 2008  
Dynamic Medien Vertriebs Gmbh Avides Media Ag, 14 de febrero de 2008

**2009**

Silih Vs. Eslovenia, de 04 de septiembre de 2009  
Varnava Vs. Turquía, de 18 de septiembre de 2009  
Opuz Vs. Turquía, de 09 de junio de 2009

**2010**

Gafgen Vs. Alemania, de 01 de junio de 2010

**2011**

Bayatán Vs. Armenia, de 17 de julio de 2011  
Al-Skeini y otros Vs. Reino Unido, de 07 de julio de 2011  
Palomo Sánchez y otros Vs. España, de 12 de septiembre de 2011

**2012**

Hirsi Jamaa y otros Vs. Italia, de 23 de febrero de 2012

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA****1994**

Sent. C-410, de 15 de septiembre de 1994  
Sent. T-098, de 07 de marzo de 1994

**1995**

Sent. C-225, de 18 de mayo de 1995

**1996**

Sent. T-406, de 23 de julio de 1996  
Sent. T-028, de 29 de enero de 1996

**1997**

Sent. T-502, de 8 de octubre de 1997

**1998**

Sent. C-191, de 6 de mayo de 1998  
Sent. C-481, de 09 de septiembre de 1998

### **1999**

Sent. C-582, de 11 de agosto de 1999  
Sent. C-1022, de 16 de diciembre de 1999  
Sent. T-292, de 10 de mayo de 1999  
Sent. T-568, de 10 de agosto de 1999  
Sent. C-082, de 17 de febrero de 1999

### **2000**

Sent. T-027, de 25 de enero de 2000  
Sent. C-010, de 19 de enero de 2000  
Sent. C-371, de 29 de marzo de 2000  
Sent. C-112, de 09 de febrero de 2000

### **2001**

Sent. T-1227, de 22 de noviembre de 2001  
Sent. T-1319, de 07 de diciembre de 2001  
Sent. C-554, de 30 de mayo de 2001  
Sent. C-673, de 28 de junio de 2001  
Sent. C-093, de 31 de enero de 2001

### **2002**

Sent. C-251, de 11 de abril de 2002  
Sent. C-695, de 28 de agosto de 2002  
Sent. C-578, de 30 de Julio de 2002

### **2003**

Sent. T-558, de 10 de Julio de 2003  
Sent. T-786, de 11 de septiembre de 2003

### **2004**

Sent. T-327, de 14 de abril de 2004  
Sent. T-1249, de 16 de diciembre de 2004  
Sent. T-213, de 8 de marzo de 2004  
Sent. C-431, de 6 de mayo de 2004

### **2005**

Sent. T-524, de 20 de mayo de 2005  
Sent. C-1154, de 15 de noviembre de 2005  
Sent. T-679, de 30 de junio de 2005  
Sent. C-101, de 08 de febrero de 2005

### **2006**

Sent. T-058, de 02 de febrero de 2006  
Sent. C-355, de 10 de mayo de 2006

### **2007**

Sent. T-1025, de 3 de diciembre de 2007  
Sent. T-391, de 22 de mayo de 2007

### **2009**

Sent. C-288, de 21 de abril de 2009

**2010**

Sent. T-367, de 11 de mayo de 2010

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU**

**1996**

Exp. 004-96-AI/TC

**2001**

Exp. 0905-2001-AA/TC

**2002**

Exp. 0007-2002-AI-TC

Exp. 010-2002-AI/TC

Exp. 0217-2002-HC/TC

Exp. 0218-2002-HC/TC

Exp. 2488-2002-HC/TC

**2003**

Exp. 0001/0003-2003-AI/TC

Exp. 0018-2003-AI

Exp. 0023-2003-AI/TC

Exp. 0516-2003-HC/TC

**2004**

Exp. 2798-04-HC/TC

**2005**

Exp. 0023-2005-PI/TC

Exp. 00618-2005-PHC/TC

Exp. 5291-2005-PHC/TC

**2006**

Exp. 0004-2006-PI/TC

Exp. 2730-2006-PA/TC

Exp. 0006-2006-PI/TC

**2007**

Exp. 00390-2007-PHD/TC

Exp. 007-2007-PI/TC

Exp. 05652-2007-PA/TC

**2008**

Exp. 03689-2008-PHC/TC

Exp. 6238-2008-PHD

**2009**

Exp. 03509-2009-PHC/TC

Exp. 05350-2009-PHC/TC

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

### 2000

SC 0083/2000, de 24 de noviembre de 2000

### 2001

DC 0002/2001, de 08 de agosto de 2001

SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre de 2001

SC 0095/2001, de 21 de diciembre de 2001

### 2002

SC 1364/2002-R, de 07 de noviembre de 2002

SC 0560/2002-R, de 15 de mayo de 2002

### 2003

SC 0004/2003, de 20 de enero de 2003

SC 0049/2003, de 21 de mayo de 2003

SC 0058/2003, de 25 de junio de 2003

SC 0062/2003, de 03 de julio de 2003

SC 0491/2003-R, de 15 de abril de 2003

SC 1148/2003-R, de 14 de agosto de 2003

SC 1494/2003-R, de 22 de octubre de 2003

SC 1527/2003-R, de 27 de octubre de 2003

SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre de 2003

SC 1730/2003-R, de 28 de noviembre de 2003

SC 0102/2003, de 4 de septiembre de 2003

### 2004

AC 0079/2004-ECA, de 29 de septiembre de 2004

SC 0006/2004, de 21 de enero de 2004

SC 0009/2004, de 28 de enero de 2004

SC 0069/2004, de 14 de enero de 2004

SC 0101/2004, de 14 de septiembre de 2004

SC 0112/2004-R, de 27 de enero de 2004

SC 0599/2004-R, de 22 de abril de 2004

SC 0663/2004-R, de 05 de mayo de 2004

SC 0664/2004-R, de 06 de mayo de 2004

SC 1420/2004-R, de 6 de septiembre de 2004

### 2005

SC 0060/2005, de 12 de septiembre de 2005

SC 0074/2005, de 10 de octubre de 2005

SC 0093/2005-R, de 28 de enero de 2005

SC 0430/2005-R, de 27 de abril de 2005

SC 0731/2005-R, de 29 de junio de 2005

SC 1581/2005-R, de 05 de diciembre de 2005

**2006**

AC 0121/2006-R, de 01 de febrero de 2006  
SC 0033/2006-R, de 11 de enero de 2006  
SC 0045/2006, de 2 de junio de 2006  
SC 0188/2006-R, de 21 de febrero de 2006

**2007**

SC 0101/2007-R, de 05 de marzo de 2007

**2010**

SC 0110/2010-R, de 10 de mayo de 2010  
SC 1066/2010-R, de 23 de agosto de 2010  
SC 1435/2010-R, de 27 de septiembre de 2010  
SC 1491/2010-R, de 06 de octubre de 2010  
SC 1578/2010-R, de 13 de octubre de 2010  
SC 2062/2010-R, de 10 de noviembre de 2010  
SC 2648/2010-R, de 06 de diciembre de 2006

**2011**

SC 0060/2011-R, de 27 de febrero de 2011  
SC 0215/2011-R, de 11 de marzo de 2011  
SC 0989/2011-R, de 22 de junio de 2011  
SC 1688/2011-R, de 21 de octubre de 2011  
SC 1869/2011-R, de 09 de noviembre de 2011  
SC 1891/2011-R, de 09 de noviembre de 2011  
SC 1919/2011-R, de 28 de noviembre de 2011

**2012**

SC 0140/2012, de 09 de mayo de 2012  
SC 0142/2012, de 14 de mayo de 2012  
SC 0336/2012, de 18 de junio de 2012  
SC 0702/2012, de 13 de agosto de 2012  
SC 0846/2012, de 28 de agosto de 2012  
SC 1250/2012, de 20 de septiembre de 2012  
SC 1631/2012, de 01 de octubre de 2012  
SC 1782/2012, de 01 de octubre de 2012  
SC 1925/2012, de 12 de octubre de 2012  
SC 1250/2012, de 20 de septiembre de 2012

**2013**

SC 0029/2013, de 04 de enero de 2013  
SC 1187/2013, de 31 de julio de 2013

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA****1981**

STC 22/1981, de 02 de julio de 1981  
STC 24/1981, de 14 de julio de 1981

**1982**

STC 12/1982, de 31 de marzo de 1982  
STC 81/82, de 21 de diciembre de 1982

**1983**

ATC 007/1983, de 12 de enero de 1983  
STC 105/1983, de 23 de noviembre de 1983

**1984**

ATC 159/84, de 14 de marzo de 1984  
STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984  
STC 36/1984, de 14 de marzo de 1984

**1985**

STC 43/1985, de 22 de marzo de 1985  
STC 86/1985, de 10 de julio de 1985

**1986**

STC 104/86, de 16 de julio de 1986

**1987**

STC 128/1987, de 16 de julio de 1987  
STC 52/1987, de 07 de mayo de 1987

**1988**

STC 107/1988, de 08 de junio de 1988  
STC 133/1988, de 04 de julio de 1988  
STC 145/1988, de 12 de julio de 1988  
STC 166/88, de 26 de septiembre de 1988  
STC 223/1988, de 24 de noviembre de 1988

**1989**

STC 19/1989, de 31 de enero de 1989  
STC 81/1989, de 08 de mayo de 1989

**1990**

STC 171/1990, de 12 de noviembre de 1990

**1991**

STC 154/1991, de 10 de julio de 1991  
STC 216/91, de 14 de noviembre de 1991  
STC 91/1991, de 24 de abril de 1991

**1992**

STC 28/1992, de 09 de marzo de 1992  
STC 73/1992, de 13 de mayo de 1992

**1994**

STC 127/1994, de 05 de mayo de 1994

STC 13/1994, de 17 de enero de 1994  
STC 214/1994, de 14 de julio de 1994  
STC 69/1994, de 28 de febrero de 1994

**1995**

STC 130/1995, de 11 de septiembre de 1995  
STC 60/1995, de 16 de marzo de 1995  
STC 57/1996, de 15 de abril de 1996

**1998**

STC 46/98, de 23 de diciembre de 1998  
STC 93/1998, de 04 de mayo de 1998

**1999**

STC 136/1999, de 20 de julio de 1999  
STC 162/1999, de 27 de septiembre de 1999

**2000**

STC 241/2000, de 16 de octubre de 2000  
STC 95/2000, de 10 de abril de 2000

**2001**

STC 200/2001, de 04 de octubre de 2001  
STC 52/2001, de 26 de febrero de 2001  
STC 88/2001, de 02 de abril de 2001

**2002**

STC 96/2002, de 25 de abril de 2002

**2003**

STC 75/1983, de 03 de agosto de 2003  
STC 85/2003, de 08 de mayo de 2003

**2004**

STC 193/2004, de 04 de septiembre de 2004  
STC 254/2004, de 22 de diciembre de 2004  
STC 34/2004, de 08 de marzo de 2004

**2005**

STC 107/2005, de 09 de mayo de 2005  
STC 88/2005, de 18 de abril de 2005

**2006**

STC 112/2006, de 05 de abril de 2006  
STC 154/2006, de 22 de mayo de 2006

**2007**

STC 003/2007, de 15 de enero de 2007  
STC 006/2007, de 15 de enero de 2007  
STC 69/2007, de 16 de abril de 2007



**2009**

STC 87/2009, de 20 de abril de 2009

**2010**

STC 009/2010, de 27 de abril de 2010



**ANEXO**  
**(CUADROS DE RELACIÓN DE DERECHOS Y/O TEMAS)**



**CORTE IDH**

RES.	FECHA	CASO	PAÍS	DER. Y/O TEMA
SENT	07-IX-2004	TIBI	ECUADOR	CONTROL CONV.
SENT	12-XI-1997	SUÁREZ ROSERO	ECUADOR	CONTROL CONV.
SENT	1-IX-2010	IBEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA	BOLIVIA	CONTROL CONV.
SENT	20-XI-2007	BOYCE Y OTROS	BARBADOS	CONTROL CONV.
SENT	23-XI-2009	RADILLA PACHECO	MEXICO	CONTROL CONV.
SENT	25-XI-2003	MYRNA MACK CHANG	GUATEMALA	CONTROL CONV.
SENT	26-IX-2006	ALMONACID ARELLANO	CHILE	CONTROL CONV.
SENT	26-IX-2006	VARGAS ARECO	PARAGUAY	CONTROL CONV.
SENT	26-V-2010	CEPEDA VARGAS	COLOMBIA	CONTROL CONV.
SENT	26-XI-2010	CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES	MEXICO	CONTROL CONV.
SENT	26-XI-2010	GOMES LUND Y OTROS	BRASIL	CONTROL CONV.
SENT	29-XI-2006	LA CANTUTA	PERU	CONTROL CONV.
SENT	30-V-1999	CASTILLO PETRUZZI Y OTROS	PERU	CONTROL CONV.
SENT	31-VIII-2010	ROSENDO CANTÚ Y OTRA	MEXICO	CONTROL CONV.
SENT	5-II-2001	OLMEDO BUSTOS (ÚLTIMA TENTACIÓN)	CHILE	CONTROL CONV.
SENT	01-II-2006	LÓPEZ ALVAREZ	HONDURAS	CONTROL CONV. SEG. NACIONAL
SENT	02-II-2001	BAENA RICARDO Y OTRO	PANAMA	CONTROL CONV. SEG. NACIONAL
SENT	02-VII-2004	MAURICIO HERRERA ULLOA	COSTA RICA	CONTROL CONV. SEG. NACIONAL
SENT	03-IV-2009	KAWAS FERNÁNDEZ	HONDURAS	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	08-VIII-2008	GOIBURÚ Y OTROS	PARAGUAY	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
OC	10/89 14-VII	INTER. DADH EN. ART. 64 DE LA CADH		CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
OC	16/99 01-X	DER. A LA INF. ASISTENCIA CONSULAR		CONTROL CON. - SEG. NACIONAL
OC	17/02 28-VIII	CONDICIÓN JURÍDICA Y DH DEL NIÑO		CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	19-XI-1999	NIÑOS DE LA CALLE	GUATEMALA	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	21-I-1994	GANGARAM PANDAY	SURINAM	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	21-VI-2002	HILARIE, CONSTANTINE Y BENJAMÍN	TRINIDAD Y TOBAGO	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
RES	24-VI-2005	SOL. DE OC PRESENTADA POR LA CIDH		CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	24-XI-2006	TRAB. CESADOS DEL CONGRESO	PERU	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	26-IX-2006	ALMONACID ARELLANO	CHILE	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	29-VII-1988	VELAZQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS	HONDURAS	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	30-XI-2007	LA CANTUTA	PERU	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL
SENT	31-I-2001	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	PERU	CONTROL CONV. - SEG. NACIONAL

SENT	8-XII-1995	CABALLERO DELGADO Y SANTANA	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
SENT	17-IX-1997	LOAYZA TAMAYO	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	22-IX-2002	BAENA RICARDO Y OTRO	PANAMA	CUMPLIMIENTO
OC	14/94 9-XII			CUMPLIMIENTO
OC	7/86 29-VIII			CUMPLIMIENTO
SENT	5-II-2001	OLMEDO BUSTOS (ÚLTIMA TENTACIÓN)	CHILE	CUMPLIMIENTO
RES	28-XI-2003	OLMEDO BUSTOS (ÚLTIMA TENTACIÓN)	CHILE	CUMPLIMIENTO
RES	07-II-2006	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	02-II-2006	19 COMERCIANTES	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
RES	02-II-2006	RICARDO CANESE	PARAGUAY	CUMPLIMIENTO
RES	04-VII-2006	EL AMPARO	VENEZUELA	CUMPLIMIENTO
RES	17-XI-2004	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	12-IX-2005	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	21-XI-2007	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	12-VIII-2009	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	16-XI-2009	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	23-II-2011	TICONA ESTRADA Y OTROS	BOLIVIA	CUMPLIMIENTO
RES	27-II-2012	CABALLERO DELGADO Y SANTANA	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
RES	3-II-2012	LAS PALMERAS	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
RES	2-II-2006	19 COMERCIANTES	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
RES	8-II-2012	GUTIÉRREZ SOLER	COLOMBIA	CUMPLIMIENTO
RES	1-VII-2011	LOAYZA TAMAYO	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	17-XI-1999	CASTILLO PETRUZZI Y OTROS	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	01-VII-2011	CASTILLO PETRUZZI Y OTROS	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	7-IX-2012	BARRIOS ALTOS	PERU	CUMPLIMIENTO
RES	30-XI-2011	CINCO PENSIONISTAS	PERU	CUMPLIMIENTO
SENT	26-IX-2006	ALMONACID ARELLANO	CHILE	CUMPLIMIENTO
RES	20-V-2013	GELMAN	URUGUAY	CUMPLIMIENTO
SENT	8-XII-1995	CABALLERO DELGADO Y SANTANA	COLOMBIA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	29-VII-1988	VELAZQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS	HONDURAS	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	20-I-1989	GODÍNEZ CRUZ	HONDURAS	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	24-I-1998	BLAKE	GUATEMALA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	25-XI-2000	BAMÁCA VELÁSQUEZ	GUATEMALA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	23-XI-2004	HERMANAS CRUZ SERRANO	SALVADOR	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	15-VI-2005	MOIWANA	SURINAM	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	12-VIII-2008	HELIODORO PORTUGAL	PANAMA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	26-V-2010	CEPEDA VARGAS	COLOMBIA	DIÁLOGO
SENT	31-I-1996	LOAYZA TAMAYO	PERU	EXCEPCIONES

SENT	26-I-2000	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	FONDO
SENT	08-XII-1995	CABALLERO DELGADO Y SANTANA	COLOMBIA	FONDO
SENT	17-IX-1997	LOAYZA TAMAYO	PERU	FONDO
SENT	14-III-2001	BARRIOS ALTOS	PERU	FONDO
SENT	29-VII-1988	VELAZQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS	HONDURAS	FONDO
SENT	02-VII-2004	MAURICIO HERRERA	COSTA RICA	FONDO
SENT	18-VIII-2000	CANTORAL BENAVIDES	PERU	INTEGRIDAD PERSONAL
SENT	27-XI-2003	MARITZA URRUTIA	GUATEMALA	INTEGRIDAD PERSONAL
OC	03/83 08-IX			INTERPRETACIÓN
SENT	17-IX-1997	LOAYZA TAMAYO	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	06-XII-2001	LAS PALMERAS	COLOMBIA	JUEZ NATURAL
SENT	05-VII-2004	19 COMERCIANTES	COLOMBIA	JUEZ NATURAL
SENT	05-VIII-2008	APITZ BARBERA Y OTROS	VENEZUELA	JUEZ NATURAL
SENT	22-XI-2005	PALAMARA IRIBARNE	CHILE	JUEZ NATURAL
SENT	26-XI-2010	CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES	MEXICO	JUEZ NATURAL
SENT	23-XI-2009	RADILLA PACHECO	MEXICO	JUEZ NATURAL
SENT	29-I-1997	GENIE LACAYO	NICARAGUA	JUEZ NATURAL
SENT	06-II-2001	IVCHER BRONSTEIN	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	29-IX-1999	CESTI HURTADO	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	18-VIII-2000	CANTORAL BENAVIDES	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	16-VIII-2000	DURAND Y UGARTE	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	25-IX-2004	LORI BERENSON MEJÍA	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	13-VI-2006	COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	22-XI-2004	CARPIO NICOLE Y OTROS	GUATEMALA	JUEZ NATURAL
SENT	30-V-1999	CASTILLO PETRUZZI Y OTROS	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	31-I-2001	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	PERU	JUEZ NATURAL
SENT	5-II-2001	OLMEDO BUSTOS (ÚLTIMA TENTACIÓN)	CHILE	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	02-VII-2004	MAURICIO HERRERA ULLOA	COSTA RICA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	06-II-2001	IVCHER BRONSTEIN	PERU	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
OC	5/85 13-IX	COLEGIACIÓN OBLIGATORIA		LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	31-VIII-2004	RICARDO CANESE	PARAGUAY	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	19-IX-2006	CLAUDE REYES	CHILE	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	22-XI-2005	PALAMARA IRIBARNE	CHILE	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	23-VI-2005	YATAMA	NICARAGUA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	2-V-2008	KIMEL	ARGENTINA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
OC	4/84 19-I-84		COSTA RICA	MARG. APRE. NL.
SENT	2-VII-2004	CHAPARRO ÁLVAREZ Y OTRO	COSTA RICA	MARG. APRE. NL.

SENT	21-XI-2007	CHAPARRO ÁLVAREZ Y OTRO	ECUADOR	MARG. APRE. NL.
SENT	2-VIII-2008	CASTAÑEDA GUTMAN	MEXICO	MARG. APRE.NL.
SENT	5-V-2008	ESCUÉ ZAPATA	COLOMBIA	MARG. APRE. NL.
SENT	21-VI-2002	HILARIE, CONSTANTINE Y BENJAMÍN	TRI. Y TOBAGO	PLAZO RAZONABLE
SENT	01-II-2006	LÓPEZ ALVAREZ	HONDURAS	PLAZO RAZONABLE
SENT	03-IV-2009	KAWAS FERNÁNDEZ	HONDURAS	PLAZO RAZONABLE
SENT	28-XI-2002	CANTOS	ARGENTINA	PLAZO RAZONABLE
SENT	07-IX-2004	TIBI	ECUADOR	PLAZO RAZONABLE
SENT	12-XI-1997	SUÁREZ ROSERO	ECUADOR	PLAZO RAZONABLE
SENT	29-I-1997	GENIE LACAYO	NICARAGUA	PLAZO RAZONABLE
SENT	30-X-2008	BAYARRI	ARGENTINA	PLAZO RAZONABLE
SENT	27-IX-2008	VALLE JARAMILLO	COLOMBIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	07-VI-2003	JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ	HONDURAS	PLAZO RAZONABLE
SENT	25-XI-2003	MYRNA MACK CHANG	GUATEMALA	PLAZO RAZONABLE
SENT	21-VII-1989	VELAZQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS	HONDURAS	REPARACIONES
SENT	18-IX-2003	BULACIO	ARGENTINA	REPARACIONES
SENT	27-II-2002	TRUJILLO OROZA	BOLIVIA	REPARACIONES
SENT	27-XI-2008	TICONA ESTRADA Y OTROS	BOLIVIA	REPARACIONES
SENT	1-VII-2009	TICONA ESTRADA Y OTROS	BOLIVIA	REPARACIONES
SENT	1-IX-2010	IBEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA	BOLIVIA	REPARACIONES
SENT	29-XI-2006	LA CANTUTA	PERU	REPARACIONES
SENT	29-I-1997	CABALLERO DELGADO Y SANTANA	COLOMBIA	REPARACIONES
SENT	22-XI-2002	LAS PALMERAS	COLOMBIA	REPARACIONES
SENT	05-VII-2004	19 COMERCIANTES	COLOMBIA	REPARACIONES
SENT	12-IX-2005	GUTIÉRREZ SOLER	COLOMBIA	REPARACIONES
SENT	27-XI-1998	LOAYZA TAMAYO	PERU	REPARACIONES
SENT	05-VIII-2008	APITZ BARBERA Y OTROS	VENEZUELA	REPARACIONES
SENT	30-XI-2001	BARRIOS ALTOS	PERU	REPARACIONES
SENT	28-II-2003	CINCO PENSIONISTAS	PERU	REPARACIONES
SENT	28-XI-2003	BAENA RICARDO Y OTRO	PANAMA	REPARACIONES
SENT	22-II-2002	BÁMACA VELASQUEZ	GUATEMALA	REPARACIONES
SENT	22-XI-2005	PALAMARA IRIBARNE	CHILE	REPARACIONES
SENT	2-IX-2006	GOIBURÚ Y OTROS	PARAGUAY	REPARACIONES
SENT	03-XII- 2001	CANTORAL BENAVIDES	PERU	REPARACIONES
SENT	28-XI-2002	CANTOS	ARGENTINA	REPARACIONES
SENT	22-XI-2005	GOMEZ-PALOMINO	PERU	REPARACIONES
SENT	11-III-2005	CAESAR	TRI. Y TOBAGO	REPARACIONES



SENT	28-XI-2005	BLANCO ROMERO	VENEZUELA	REPARACIONES
SENT	19-VI-1998	BENAVIDES CEVALLOS	ECUADOR	REPARACIONES
SENT	25-XI-2003	MYRNA MACK CHANG	GUATEMALA	REPARACIONES
SENT	20-XI-2007	BOYCE Y OTROS	BARBADOS	REPARACIONES
OC	2/82 24-IX	RESER. VIGENCIA DE LA CADH		TRATADOS
OC	16/99 01-X	DER. INF. ASISTENCIA CONSULAR		VIDA - PENA DE MUERTE
SENT	21-VI-2002	HILARIE, CONSTANTINE Y BENJAMÍN	TRI. Y TOBAGO	VIDA - PENA DE MUERTE
OC	03/83 08-IX	RESTRICCIONES PENA DE MUERTE		VIDA - PENA DE MUERTE
SENT	20-VI-2005	FERMÍN RAMÍREZ	GUATEMALA	VIDA - PENA DE MUERTE
SENT	15-IX-2005	MAPIRIPAN	COLOMBIA	VIDA - PENA DE MUERTE
SENT	23-VI-2005	YATAMA	NICARAGUA	IGUALDAD
OC	4/84 19-I-84	PROPUESTA MODIF. CPE COSTA RICA		IGUALDAD
SENT	28-I-2009	RIOS Y OTROS	VENEZUELA	IGUALDAD
SENT	28-I-2009	PEROZO Y OTROS	VENEZUELA	IGUALDAD
OC	18/03 17-IX			IGUALDAD
SENT	2-IX-2007	CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ	ECUADOR	IGUALDAD
SENT	31-I-2006	MASACRE DEL PUEBLO BELLO	COLOMBIA	IGUALDAD
SENT	29-III-2006	COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA	PARAGUAY	IGUALDAD
SENT	29-VII-1988	VELAZQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS	HONDURAS	IGUALDAD
SENT	29-IV-2004	MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ	GUATEMALA	IGUALDAD
SENT	25-XI-2006	PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO	PERU	IGUALDAD
SENT	16-XI-2009	CAMPO ALGODONERO	MEXICO	IGUALDAD
SENT	08-IX-2008	NIÑAS YEAN Y BOSICO	REP. DOMINI.	IGUALDAD
SENT	04-VII-2006	XIMENES LÓPEZ	BRASIL	IGUALDAD
SENT	06-IV-2006	BALDEÓN GARCÍA	PERU	IGUALDAD
SENT	28-XI-2007	SARAMAKA	SURINAM	IGUALDAD
SENT	15-VI-2005	MOIWANA	SURINAM	IGUALDAD
SENT	17-VI-2005	YAKYE	PARAGUAY	IGUALDAD

## TEDH

RES.	FECHA	CASO	PAÍS	DERECHO Y/O TEMA
SENT	18-I-1978	IRLANDA	REINO UNIDO	CONT. CONV. - SEG. NL.
SENT	13-VI-1979	MARCKX	BÉLGICA	CONT. CONV. - SEG. NL.
SENT	30-VII-1998	VALENZUELA CONTRERAS	ESPAÑA	CUMPLIMIENTO
SENT	18-II-2003	PRADO BUGALLO	ESPAÑA	CUMPLIMIENTO
AUTO	25-IX-2006	COBAN	ESPAÑA	CUMPLIMIENTO
SENT	18-I-1978	IRLANDA	REINO UNIDO	INTERPRETACIÓN
SENT	07-VII-1989	SOERING	REINO UNIDO	INTEGRIDAD PERSONAL
SENT	15-XI-1996	CHAHAL	REINO UNIDO	INTEGRIDAD PERSONAL
SENT	01-VI-2010	GAFGEN	ALEMANIA	INTEGRIDAD PERSONAL
SENT	29-IV-1988	BELILOS	SUIZA	JUEZ NATURAL
SENT	28-VI-1984	CAMPBELL Y FELL	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	02-IX-1998	KUDABEC	ESLOVAQUIA	JUEZ NATURAL
SENT	22-VI-1989	LANGBORGER	SUECIA	JUEZ NATURAL
SENT	09-XI-2006	SACILOR LORMINESS	FRANCIA	JUEZ NATURAL
SENT	28-V-2002	STAFFORD	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	16-XII-2003	COOPER	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	25-II-1997	FIDLAY	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	24-IX-1997	CONIE	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	18-II-1999	CABLE Y OTROS	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	06-II-2001	WILKINSON Y ALLEN	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	10-VI-1996	PULLAR	REINO UNIDO	JUEZ NATURAL
SENT	24-II-1993	FEY	AUSTRIA	JUEZ NATURAL
SENT	01-X-1982	PIERSACK	BELGICA	JUEZ NATURAL
SENT	17-I-1970	DELCOURT	BELGICA	JUEZ NATURAL
SENT	26-X-1984	DE CUBBER	BELGICA	JUEZ NATURAL
SENT	24-V-1989	HAUSCHILDT	DINAMARCA	JUEZ NATURAL
SENT	05-IV-2006	ERGIN	TURQUÍA	JUEZ NATURAL
SENT	10-X-2000	DARKTARAS	LITUANIA	JUEZ NATURAL
SENT	23-X-1985	BENTHEM	HOLANDA	JUEZ NATURAL
SENT	25-II-1992	PFEIFER Y PLANKL	AUSTRIA	JUEZ NATURAL
SENT	28-XI-2002	LAVENTS	LETONIA	JUEZ NATURAL
SENT	7-XII-1976	HANDYSIDE	REINO UNIDO	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	25-IV-1978	TYRER	REINO UNIDO	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	07-VII-1989	SOERING	REINO UNIDO	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	11-IX-2007	TREMBLAY	FRANCIA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	31-VII-2001	PARTIDO PROSPERIDAD	TURQUÍA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	13-II-2003	PARTIDO PROSPERIDAD	TURQUÍA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	29-IV-2002	PRETTY	REINO UNIDO	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

SENT	17-VII-2011	BAYATÁN	ARMENIA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	08-VII-2008	YUMAK Y SADAK	TURQUÍA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	14 -II-2008	DYNAMIC M, V. GmbH	AVIDES M. AG	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	22-II-2005	HUTTEN-CZAPSKA	POLAND	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	28-IX-2000	MESSINA	ITALIA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	10-XI-2004	SEDOVIC	ITALIA	MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL
SENT	20-II-1991	VERNILLO	FRANCIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	07-VII-1989	UNIÓN ALIM. SANDERS	ESPAÑA	PLAZO RAZONABLE
SENT	19-II-1991	MOTTA	ITALIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	15-VII-1982	ECKLE	ALEMANIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	28-X-2003	LÓPEZ S. Y M. DE VARGAS	ESPAÑA	PLAZO RAZONABLE
SENT	10-VII-1984	ARRET GUINCHO	PORTUGAL	PLAZO RAZONABLE
SENT	23-VI-1993	RUIZ MATEOS	ESPAÑA	PLAZO RAZONABLE
SENT	27-VI-1968	NEUMEISTER	AUSTRIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	10-XII-1982	CORIGLIANO	ITALIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	25-XI-1992	ABDOELLA	PAISES BAJOS	PLAZO RAZONABLE
SENT	27-VI-1968	WEMHOFF	ALEMANIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	08-XII-1983	PRETTO	ITALIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	21-II-1975	GOLDER	REINO UNIDO	PLAZO RAZONABLE
SENT	16-VII-1971	RINGEISEN	AUSTRIA	PLAZO RAZONABLE
SENT	13-VII-1983	ZIMMERMANN Y STEINER	SUIZA	PLAZO RAZONABLE
SENT	12-V-2005	OCLAN	TURQUÍA	VIDA. PENA DE MUERTE
SENT	07-VII-2011	AL-SKEINI Y OTROS	REINO UNIDO	VIDA. PENA DE MUERTE
SENT	19-II-1988	KAYA	TURQUÍA	VIDA. PENA DE MUERTE
SENT	26-VII-2007	MUSAYEV Y OTROS	RUSIA	VIDA. PENA DE MUERTE
SENT	25-V-1998	KURT	TURQUÍA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	05-IX-2000	ERTAK	TURQUÍA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	04-IX-2009	SILIH	ESLOVENIA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	18-IX-2009	VARNAVA	TURQUÍA	DESAPARICIÓN FORZADA
SENT	29-III-1979	THE SUNDAY TIMES	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	25-III-1985	BARTHOLD	ALEMANIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	7-XII-1976	HANDYSIDE	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	25-VI-1992	THORGEIRSON	ISLANDIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	23-IV-1992	CASTELLS	ESPAÑA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	23-IX-1994	JERSILD	DINAMARCA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	08-VII-1986	LINGENS	AUSTRIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	26-IV-1995	PRAGER Y OBERSCHLICK	AUSTRIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	7-XII-1976	HANDYSIDE	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	21-I-1999	FRESSOZ Y ROIRE	FRANCIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	30-I-1998	PART. COMUNISTA UNIDO	TURQUÍA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	09-VI-1998	INCAL	TURQUÍA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SENT	02-III-1987	MATHIEU-M. Y CLERFAY	BELGICA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	19-II-1998	BOWMAN	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	09-VII-1999	ARSLAN	TURQUÍA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	12-VII-2002	FELDEK V.	ESLOVAQUIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	26-II-2002	DICHAND	AUSTRIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	20-XI-1989	MARKT INT. VERLAG GMBH	ALEMANIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	14-III-2002	GAWEDA	POLONIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	10-XII-2007	STOLL	SUIZA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	12-IX-2011	PALOMO SÁNCHEZ Y OTROS	ESPAÑA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	13-VII-1995	TOLSTOY MILOSLAVSKY	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	07-XI-2006	MAMERE	FRANCIA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	26-XI-1991	THE OBS. AND GUARDIAN	REINO UNIDO	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	11-VII-2002	SELIM SEDAK	TURQUÍA	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	23-VIII-1968	RÉGIMEN LINGÜÍSTICO	BELGICA	IGUALDAD
SENT	06-IV-2000	THLIMMENOS	GRECIA	IGUALDAD
SENT	26-II-2002	FRETTÉ	FRANCIA	IGUALDAD
SENT	29-IV-2002	PRETTY	REINO UNIDO	IGUALDAD
SENT	29-VI-2006	ZEMAN	AUSTRIA	IGUALDAD
SENT	13-VI-1979	MARCKS	BÉLGICA	IGUALDAD
SENT	09-X-1979	AIREY	IRLANDA	IGUALDAD
SENT	18-XII-1986	JOHNSTON Y OTROS	IRLANDA	IGUALDAD
SENT	09-XII-1994	LÓPEZ OSTRÁ	ESPAÑA	IGUALDAD
SENT	25-XI-1994	STJERNA	FINLANDIA	IGUALDAD
SENT	28-X-1998	OSMAN	REINO UNIDO	IGUALDAD
SENT	28-III-2000	KILIC	TURQUÍA	IGUALDAD
SENT	08-VI-1976	ENGEL Y OTROS	DINAMARCA	IGUALDAD
SENT	07-XII-1976	KJELDESEN Y OTROS	DINAMARCA	IGUALDAD
SENT	28-XI-1984	RASMUSSEN	DINAMARCA	IGUALDAD
SENT	04-VI-2002	WESSELS-BERGERVOET	HOLANDA	IGUALDAD
SENT	11-VI-2002	WILLIS	REINO UNIDO	IGUALDAD
SENT	27-III-1998	PETROVIC	AUSTRIA	IGUALDAD
SENT	16-IX-1996	GAYGUSUZ	AUSTRIA	IGUALDAD
SENT	30-XI-2003	KOUA POIRREZ	FRANCIA	IGUALDAD
SENT	27-XI-2007	LUCZAK	POLONIA	IGUALDAD
SENT	28-X-1987	INZE	AUSTRIA	IGUALDAD
SENT	23-VI-1993	HOFFMANN	AUSTRIA	IGUALDAD
SENT	10-V-2001	CHIPRE	TURQUÍA	IGUALDAD
SENT	09-VI-2009	OPUZ	TURQUÍA	IGUALDAD
SENT	28-V-1985	ABDULAZIZ Y OTROS	REINO UNIDO	IGUALDAD

## CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

<b>RES.</b>	<b>N° - FECHA</b>	<b>DERECHO Y/O TEMA</b>
SENT	C-225 18-V-1995	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SENT	C-191 6-V-1998,	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SENT	C-582 11-VIII-1999	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SENT	C-1022 16-XII-1999	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SENT	T367 11-V-2010	CUMPLIMIENTO
SENT	T558 10-VII-2003	CUMPLIMIENTO
SENT	T786 11-IX-2003	CUMPLIMIENTO
SENT	T327 14-IV-2004	CUMPLIMIENTO
SENT	T524 20-V-2005	CUMPLIMIENTO
SENT	T-058 2-II-2006	JUEZ NATURAL
SENT	C-251 11-IV-2002	JUEZ NATURAL
SENT	T-1249 16-XII-2004	PLAZO RAZONABLE
SENT	C-1154 15-XI-2005	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-1025 3-XII-2007	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-1227 22-XI-2001	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-027 25-I-2000	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-292 10-V-1999	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-502 8-X-1997	PLAZO RAZONABLE
SENT	T-406 23-VII-1996	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	T-568 10-VIII-1999	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	C-010 19-I-2000	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	T-1319 7-XII-2001	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	C-554 30-V-2001	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	C-355 10-V-2006	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	C-695 28-VIII-2002	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	C-578 30-VII-2002	SEGUIMIENTO NACIONAL
SENT	T-391 22-V-2007	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	T-213 8-III-2004	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	C-010 19-I-2000	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	C-431 6-V-2004	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	T-679 30-VI-2005	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	T-1319 7-XII-2001	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	T-028 29-I-1996	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SENT	C-673 28-VI-2001	IGUALDAD
SENT	C-101 08-II-2005	IGUALDAD
SENT	C-410 15-IX-1994	IGUALDAD
SENT	C-082 17-II-1999	IGUALDAD
SENT	C-37129-III-2000	IGUALDAD
SENT	C-112 09-II-2000	IGUALDAD
SENT	C-288 21-IV-2009	IGUALDAD
SENT	C-481 09-IX-1998	IGUALDAD
SENT	T-098 07-III-1994	IGUALDAD

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**

<b>EXP.</b>	<b>N°</b>	<b>DERECHO Y/O TEMA</b>
EXP.	004-96-AI/TC	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
EXP.	0007-2002-AI-TC	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
EXP.	2488-2002-HC/TC	CLÁUSULA ABIERTA
EXP.	0217-2002-HC/TC	INTERPRETACIÓN
EXP.	0217-2002-HC/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	010-2002-AI/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	0516-2003-HC/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	0023-2003-AI/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	0004-2006-PI/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	0006-2006-PI/TC	JUEZ NATURAL
EXP.	COL. DE ABOGADOS	JUEZ NATURAL
EXP.	05350-2009-PHC/TC	PLAZO RAZONABLE
EXP.	5291-2005-PHC/TC	PLAZO RAZONABLE
EXP.	03689-2008-PHC/TC	PLAZO RAZONABLE
EXP.	03509-2009-PHC/TC	PLAZO RAZONABLE
EXP.	00618-2005-PHC/TC	PLAZO RAZONABLE
EXP.	0218-2002-HC/TC	SEGUIMIENTO NACIONAL
EXP.	007-2007-PI/TC	SEGUIMIENTO NACIONAL
EXP.	2798-04-HC/TC	SEGUIMIENTO NACIONAL
EXP.	2730-2006-PA/TC	SEGUIMIENTO NACIONAL
EXP.	0905-2001-AA/TC	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EXP.	6238-2008-PHD	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EXP.	00390-2007-PHD/TC	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EXP.	6238-2008-PHD	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EXP.	0023-2005-PI/TC	IGUALDAD
EXP.	0018-2003-AI	IGUALDAD
EXP.	05652-2007-PA/TC	IGUALDAD
EXP.	0001/0003-2003-AI/TC	IGUALDAD

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

RES.	N° - FECHA	DERECHO Y/O TEMA
SC	0095/2001 21-XII	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	1494/2003-R 22-X	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	1420/2004-R 6-IX	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	0069/2004 14-I	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	SC 0102/2003 4-XI	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	0045/2006 2-VI	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	1527/2003-R 27-X	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	0101/2007-R 05-III	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
SC	1494/2003-R 22-X	CLÁUSULA ABIERTA
SC	1420/2004-R 6-IX	CLÁUSULA ABIERTA
SC	1662/2003-R 17-XI	CLÁUSULA ABIERTA
SC	SC 0069/2004 14-I	CLÁUSULA ABIERTA
SC	SC 0188/2006-R 21-II	CLÁUSULA ABIERTA
SC	1190/2001-R 12-XI	CUMPLIMIENTO
SC	0110/2010-R 10-V	CUMPLIMIENTO
AC	0121/2006-R 01-II	INTERPRETACIÓN
DC	000/2006	INTERPRETACIÓN
SC	1190/2001-R 12-XI	JERARQUÍA CONSTITUCIONAL
SC	1364/2002-R 07-XI	JUEZ NATURAL
SC	0004/2003 20-I	JUEZ NATURAL
SC	0093/2005-R 28-I	JUEZ NATURAL
SC	0060/2005 12-IX	JUEZ NATURAL
SC	1581/2005-R 05-XII	JUEZ NATURAL
SC	0491/2003- R 15-IV	JUEZ NATURAL
SC	1148/2003-R 14-VIII	JUEZ NATURAL
SC	1730/2003-R 28-XI	JUEZ NATURAL
SC	0009/2004 28-I	JUEZ NATURAL
SC	0664/2004-R 06-V	JUEZ NATURAL
SC	0430/2005-R 27-IV	JUEZ NATURAL
SC	0731/2005-R 29-VI	JUEZ NATURAL
SC	0074/2005 10-X	JUEZ NATURAL
SC	560/2002-R 15-V	JUEZ NATURAL
SC	0663/2004-R 05-V	JUEZ NATURAL
SC	0664/2004-R 06-V	JUEZ NATURAL
SC	2648/2010-R 06-XII	JUEZ NATURAL
SC	1250/2012 20-IX	JUEZ NATURAL
SC	0101/2004 14-IX	PLAZO RAZONABLE
SC	1066/2010-R 23-VIII	PLAZO RAZONABLE
SC	2062/2010-R 10-XI	PLAZO RAZONABLE
SC	1578/2010-R 13-X	PLAZO RAZONABLE
AC	0079/2004-ECA 29-IX	PLAZO RAZONABLE
SC	0033/2006-R 11-I	PLAZO RAZONABLE

SC	0060/2011-R 27-II	PLAZO RAZONABLE
SC	1435/2010-R 27-IX	PLAZO RAZONABLE
SC	0491/2003-R 15-IV	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	O664/2004-R 06-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0110/2010-R 10-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0702/2012 13-VIII	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0702/201213-VIII	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0140/2012 09-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0142/2012 14-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0140/2012 09-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0142/2012 14-V	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	1869/2011-R 09-XI	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	1919/2011-R 28-XI	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	1891/2011-R 09-XI	SEGUIMIENTO NACIONAL
SC	0188/2006-R 21-II	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	1491/2010-R 06-X	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	0215/2011-R 11-III	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	0112/2004-R 27-I	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	0188/2006-R 21-II	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	0336/2012 18-VI	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
SC	1250/2012 20-IX	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
DC	0002/2001 08-V	IGUALDAD
SC	0058/2003 25-VI	IGUALDAD
SC	0062/2003 03-VII	IGUALDAD
SC	0599/2004-R 22-IV	IGUALDAD
SC	0006/2004 21-I	IGUALDAD
SC	0083/2000 24-XI	IGUALDAD
SC	0049/2003 21-V	IGUALDAD
SC	0029/2013 04-I	IGUALDAD
SC	1925/2012 12-X	IGUALDAD
SC	1250/2012 20-IX	IGUALDAD
SC	0989/2011-R 22-VI	IGUALDAD
SC	1631/2012 01-X	IGUALDAD
SC	1187/2013 31-VII	IGUALDAD
SC	1782/2012 01-X	IGUALDAD
SC	0846/2012 28-VIII	IGUALDAD
SC	1688/2011-R 21-X	IGUALDAD



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

<b>STC</b>	<b>Nº - FECHA</b>	<b>DERECHO Y/O TEMA</b>
STC	133/1988 04-VII	PLAZO RAZONABLE
STC	43/1985 22-III	PLAZO RAZONABLE
STC	13/1994 17-I	PLAZO RAZONABLE
STC	81/1989 08-V	PLAZO RAZONABLE
STC	69/1994 28-II	PLAZO RAZONABLE
ATC	159/84 14-III	PLAZO RAZONABLE
STC	73/1992 13-V	PLAZO RAZONABLE
STC	36/1984 14-III	PLAZO RAZONABLE
STC	24/1981 14-VII	PLAZO RAZONABLE
STC	223/1988 24-XI	PLAZO RAZONABLE
STC	91/1991 24-IV	PLAZO RAZONABLE
STC	145/1988 12-VII	JUEZ NATURAL
STC	162/1999 27-IX	JUEZ NATURAL
STC	136/1999 20-VII	JUEZ NATURAL
STC	85/2003 08-V	JUEZ NATURAL
STC	52/2001 26-II	JUEZ NATURAL
STC	60/1995 16-III	JUEZ NATURAL
STC	105/1983 23-XI	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	12/1982 31-III	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	136/1999 20-VII	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	57/1996 15-IV	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	104/86 16-VII	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	46/98 23-XII	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	93/1998 04-V	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	107/1988 08-VI	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	127/1994 05-V	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	171/1990 12-XI	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	105/1983 23-XI	LIBERTAD DE EXPRESIÓN
STC	22/1981 02-VII	IGUALDAD
ATC	007/1983 12-I	IGUALDAD
STC	75/1983 03-VIII	IGUALDAD
STC	214/1994 14-VII	IGUALDAD
STC	96/2002 25-IV	IGUALDAD
STC	193/2004 04-IX	IGUALDAD
STC	107/2005 09-V	IGUALDAD
STC	112/2006 05-IV	IGUALDAD
STC	154/2006 22-V	IGUALDAD
STC	006/2007 15-I	IGUALDAD
STC	87/2009 20-IV	IGUALDAD
STC	009/2010 27-IV	IGUALDAD
STC	200/2001 04-X	IGUALDAD
STC	88/2005 18-IV	IGUALDAD

STC	86/1985 10-VII	IGUALDAD
STC	52/1987 07-V	IGUALDAD
STC	241/2000 16-X	IGUALDAD
STC	88/2001 02-IV	IGUALDAD
STC	69/2007 16-IV	IGUALDAD
STC	128/1987 16-VII	IGUALDAD
STC	19/1989 31-I	IGUALDAD
STC	154/1991 10-VII	IGUALDAD
STC	254/2004 22-XII	IGUALDAD
STC	154/2006 22-V	IGUALDAD
STC	003/2007 15-I	IGUALDAD
STC	28/1992 09-III	IGUALDAD
STC	107/1984 23-XI	IGUALDAD
STC	95/2000 10-IV	IGUALDAD
STC	130/1995 11-IX	IGUALDAD
STC	34/2004 08-III	IGUALDAD
STC	81/82 21-XII	IGUALDAD
STC	216/91 14-XI	IGUALDAD
STC	166/88 26-IX	IGUALDAD

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**



- Alas, Tolivar: “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”. *Revista E.D.A.*, núm 62, abril-junio 1989.
- Alfonso, César: “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2010.
- Alcubilla, Enrique Arnaldo: *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Ed. Laxes S.L., Madrid, 2002.
- Alegría, Antonio Magdaleno: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2001.
- Alvarado Velloso, Adolfo: *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*. T.I, Ed. Rubinzal Culsoni, Argentina, 2009.
- Álvarez Conde, Enrique: “Principio de igualdad”. *Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*. Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- Ambos, Kai: *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.
- Ambos, Kai y otra: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional T. II*, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011.
- Aponte Cardona, Alejandro: “Desplazamiento forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno hacia una confluencia racional y consciente de diversos ámbitos de protección de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional T. II*, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011.
- Arellano García, Carlos: *Teoría General del Proceso*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- Arroyo Gonçalves, Carlos M.: “Procesos electorales y libertad de expresión: una mirada al caso boliviano desde el derecho a la información” en *Diálogos de la Comunicación*, Revista Académica de la Federación

- Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social, N° 82, septiembre-diciembre de 2010.
- Asensi Sabater, José: “Derechos Fundamentales. Problemática General”. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004.
  - Asís, Rafael de: *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
  - Ayala Corao, Carlos M.: “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007.
  - Ayala Corao, Carlos M.: “Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional”. *Revista del Tribunal Constitucional N° 6*, Ed. TC, Sucre, Bolivia, 2004.
  - Ayala Corao, Carlos: “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los Derechos Humanos” en *Libro Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, T I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, IIDH, 1998.
  - Ayala Corao, Carlos: “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2013.
  - Basch, Fernando: “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador de trabajo presentado a las Jornadas: Una Constitución para el Nuevo Siglo, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, (on line en: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc> 25/10/2013).
  - Bayefsky, Anne: “El principio de igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional” en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1.2, 1990.
  - Bazán, Víctor: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699.1524, Num. 16/2, Semestre 2010.
  - Bazán, Víctor: “Perspectivas actuales de los derechos humanos (especialmente sociales) y su desarrollo en el derecho y la jurisprudencia internas e interamericanas” en *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Ed. CONCED-GTZ, La Paz, 2010.
  - Bengoechea Gil, M. Ángeles: “La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”. *Los derechos Sociales en el Siglo XXI. Un desafío Clave para el derecho y la Justicia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
  - Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. Ed., Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- Bidart Campos, Germán y otro: *Derecho Constitucional Comparado*. T. II, Ed. Ediar, Argentina, 2000.
- Bidart Campos, Germán: *Derecho Constitucional*. T.I, Ed. Eddiar, Argentina, 2000.
- Binder, Alberto M.: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Bobbio, Norberto: *Las Ideologías y el poder en crisis*. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1988.
- Brage Camazano, Joaquín: "Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos" en *Integración Europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Brever-Carías, Allan: "Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Justicia Constitucional". *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Justicia y Seguridad*. San José de Costa Rica, 2003.
- Burgoa Orihuela, Ignacio: "La interpretación constitucional" en *Interpretación Constitucional*. T. I., Ed. Porrúa y UNAM, México, 2005.
- Burguera Ameave, Leyre: "Libertad de comunicación pública en las campañas electorales". *Libertades Informativas*. Ed. Colex, Madrid, 2009.
- Bustamante Donas, Javier. *Hacia la cuarta generación de derechos humanos: representado la condición humana en la sociedad tecnológica*, (on line en: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> 30/07/2007).
- Bustos Gilbert, Rafael: "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, N° 95, mayo-agosto, Madrid, 2012.
- Bustos Gisbert, Rafael: "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática". *La Europa de los Derechos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Cabrero, Ferrán: *Diversidad, pluralismo e interculturalidad*. PNUD, Escuela Virtual, 2008 (on line en: [www.escuelapnud.org/](http://www.escuelapnud.org/) 04/06/2009).
- Cabedo Mallol, Vicente. *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*. Ed. Icaria, Barcelona, 2011.
- Cardozo Daza, Richard Eddy: "Derechos y garantías en la Constitución boliviana" en *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009.
- Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1958.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises: "Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, Libertad Personal y Libertad de Expresión*, T. II, IIDH, San José Costa Rica, 2004.

- Carpio Marcos, Edgar: “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes” en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*, T. II, Ed. Grijley, Lima, 2005.
- Carpio Marcos, Edgar: “La interpretación de los derechos fundamentales” en *Interpretación Constitucional*, Ed. Porrúa, T I, México, 2005.
- Carrique, Martín: “Los Derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 1999*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio: “Protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos y Sociales”. *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, N° 2, 1991.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario” en *La Toga*, N° 172 Enero/Febrero, 2009.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio: “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED núm. 32, 2013.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio: “El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” en *La Toga* N° 152 Enero/Febrero, 2005, p. 49.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio: “Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Anuario de Derecho Europeo*, N°. 2, 2002.
- Castañeda Otsu, Susana Ynes: “Jurisdicción Supranacional” en *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, Perú, 2003.
- Català i Bas, Alexandre H.: “Inmigración y Discriminación” en *Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*. Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- Català i Bas, Alexandre H.: “La Jurisprudencia del TEDH sobre el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional”. *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Volume 11 N° 1, 2002. Ed. Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2002.
- Catalá i Bas, Alexandre H.: *La (in)tolerancia en el estado de derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional*, Ed. R.G.D., Valencia, 2002.
- Català i Bas, Alexandre H.: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2001.
- Chamorro Bernal, Francisco: *El Artículo 24 de la Constitución*. T. I. Ed. Iura S.L., Barcelona, 2005.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2da. Ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.



- Cançado Trindade, Antonio Augusto: Para O.N.G. N° 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “Universalismo e regionalismo nos direitos humanos: o papel dos organismos internacionais na consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional” en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, N° 13, 1997.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos* (votos en la Corte Interamericana de Derechos humanos 1991-2006), México, Porrúa, 2007.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto y Caflisch, Lucius: *Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général* *Revue generale de droit international public*, ISSN 0373-6156, Vol. 108, N° 1, 2004.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos (votos en la Corte Interamericana de Derechos humanos 1991-2006), México, Porrúa, 2007.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional” en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. UNHCR, San José, Costa Rica, 2003.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, T. I, USC, 2012.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “Derechos de solidaridad” en Estudios Básicos de Derechos Humanos, T. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “La ampliación del contenido material del *Ius Cogens*”, conferencia expuesta en el XXXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (on line en: <http://www.oas.org.pdf> 04/01/2014)
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: *Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la búsqueda de la realización del Ideal de la Justicia Internacional* (on line en: [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010\\_1.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_1.pdf) 04/08/2011).
- Cançado Trindade, Antonio Augusto: “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI” en *Revista IIDH*, Vol. N° 46, 2007.
- Dahl, Ribet: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.

- Dermizaky P., Pablo: "Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 2004*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo Uruguay, 2004.
- Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Ed. Universidad S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1997.
- Diario: *Le Monde "el Diapló" diplomatique*, ¿Reforma o continuidad en la ONU?, Año V, número 44, octubre 2006.
- Díaz Sánchez, Juan José: *Razones de Estado y Derecho*. Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Dulitzky, Ariel E.: "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana". *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, año 2007, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (on line en: [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl) 08/11/2012).
- Durán Ribera, Willman Ruperto: *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Ed. El País, Santa Cruz- Bolivia, 2003.
- Durán Ribera, Willman: "La Constitución vigente y sus leyes de desarrollo ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?" en *Revista Boliviana de Derecho Iuris Tantum* N° 11, enero/2011, Santa Cruz, 2011.
- El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y los Países Andinos. "Propuestas para Fortalecer la aplicación y cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Informe de Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Comisión Andina de Juristas, septiembre-noviembre 2006.
- Escobar Pacheco, Fernando: "Las garantías constitucionales en el proceso penal boliviano" (on line en: <http://construccionconstitucionalista.blogspot.com/2008/10/las-garantas-constitucionales-en-el.html> 05/02/2011).
- Faúndez Ledezma, Héctor: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ra. Edición, Ed. Mundo Gráfico, Instituto Americano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.
- Felmann Pietsch, Andreas: "Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en el *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Países Andinos*, Ed. Konrad Adenauer Stifung, Lima, 2006.
- Fernández Segado, Francisco: "El Sistema Constitucional Español". Ed. Dyckinson, Madrid-España, 1992.
- Fernando Badía, Juan: *Democracia frente a la autocracia*. Los tres grandes sistemas políticos. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ta. Edición, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2009.
- Ferrando Badía, Juan: *Democracia frente a la autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Ed. Tecnos S.A., 1989.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo: "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las

- partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)” en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en *Derecho Procesal Constitucional*, T. II, Ed. Porrúa, México, 2003.
  - Fix-Zamudio, Héctor: “Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°. 2, 2002.
  - Galindo Soza, Mario: “Comparación de la Constitución de 1967 y del Proyecto de Constitución de 2007. *Análisis del Proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente*, T.I, FUNDEMOS, Ed. Garza Azul, La Paz, Bolivia, 2008.
  - Gallego Anabitarte, Alfredo: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1994.
  - Garberí Llobregat, José: *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*. Ed. Bosch S.A., Barcelona, 2007.
  - García Belaunde, Domingo: “Estado y Municipio en el Perú” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2003.
  - García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
  - García Falconí, Ramiro: “Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. Cevallos, Quito, 2011.
  - García Macho, Ricardo: *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994.
  - García Morillo, Joaquín: “La cláusula general de la igualdad” en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8va. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
  - García Noriega, Antonio: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2009.
  - García Ramírez, Sergio: “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Macgregor, T II, Ed. Porrúa S.A., México D.F. México, 2001.
  - García Ramírez, Sergio: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”. *Seminario Internacional sobre la abolición de la*

- pena Capital*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Madrid 9-10 de diciembre de 2009.
- García Roca, Javier: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 30, 2012.
  - García Roca, Javier: “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2010.
  - García Roca, Javier y Santaolaya, Pablo (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2da. Edición, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
  - García Toma, Víctor: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2008.
  - García-Sayán, Diego: “Nuevos Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, *Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.
  - García-Sayán, Diego: “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Ed. CIDH, San José C.R., 2005.
  - Gil Gil, Alicia: “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*. T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México D.F., 2011.
  - Gimeno Sendra y otros, Vicente: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Ed. Colex, Madrid, 2008.
  - Gimeno Sendra, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, 4ta. edición, Ed. Colex, Madrid, 2006.
  - Gómez y otro, Juan Sebastián: *Militarismo en América Latina*, Ed. Justicia i Pau, Barcelona-España, 2010.
  - Gonzáles Beilfuss, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
  - González Le Saux y otro, Marianne: “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. *Revista IIDH*. Vol. 47, 2008.
  - Gonzáles Morales, Felipe: “La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
  - Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *El Debido Proceso en la Actualidad*, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina-Buenos Aires, 2004.

- Gros Espiell, Héctor: “Una Reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los derechos humanos”. *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, coordinadores Bidart Campos-Pizzolo T. I., Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003
- Gross Espiell, Héctor: Seminario Internacional de Derechos Humanos y Justicia Constitucional, realizado en mayo de 2000, como consta en Memoria N° 4, Ed. TC, Sucre, 2000.
- Guerrero Palomares, Salvador. *La imparcialidad objetiva del juez penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009.
- Henriquez Franco, Humberto: *Derecho Constitucional*, Ed. Fecat, Lima Perú, 2010.
- Hennebel, Ludovic: *Les effets réciproques des décisions des juridictions régionales (Cours européennes. Cour interaméricaine) et des juridictions constitutionnelles nationales*. Annuaire international de justice constitutionnelle, ISSN 0995-3817, N°. 27, 2011.
- Hernández Valle, Rubén: *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima Perú, 2006.
- Hitters, Juan Carlos: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009.
- Hitters, Juan Carlos: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”. *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Macgregor, T II, Ed. Porrúa S.A., México D.F. México, 2001.
- Ibañez, Perfecto Andrés: “Imparcialidad judicial e independencia judicial”. *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Ibagüen B., Guido: “Garantías para la Protección de los Derechos Humanos: La Recepción del Derecho Internacional”. *Reforma Constitucional en DD.HH.* (Revista especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, año 2, N° 2), La Paz, Bolivia, 2007.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013* (on line: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp> 26/04/2014), publicado mediante Comunicado de Prensa 43/14 de 23 de abril de 2014.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de Expresión*, T.II, Ed. Editorama S.A., San José de Costa Rica, 2004.
- Iñiguez de Salinas, Elizabeth: “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales”. *Justicia Constitucional, Memoria N° 6*, Ed. TC, Sucre, Bolivia, 2002.

- Jaramillo, Juan Fernando y otro: “La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano”, (on line en: [http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11\\_2/octavaSesion/ejecucionDecisionesOrganosInterDerechosHumanos.pdf](http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/octavaSesion/ejecucionDecisionesOrganosInterDerechosHumanos.pdf) 08/02/2013).
- Jimena Quesada, Luis: “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial” en *La eficacia de los derechos fundamentales en la UE*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.
- Jimena Quesada, Luis: “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del Control de Convencionalidad” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. ISSN 1699-1524 Núm. 15/1er Semestre 2010.
- Jimena Quesada, Luis: “Sistema Europeo de Derechos Fundamentales”, Colex, 2006.
- Jiménez Asensio, Rafael. “Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978”. *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Jiménez Asensio, Rafael. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2002.
- Juárez, Mario Santiago: “Igualdad y acciones afirmativas en el ámbito de la educación a favor de indígenas en México” en *Acciones Afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Ed. Unión Ltda., Santafé de Bogotá, Colombia, 2000.
- Landa Arroyo, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Director y autor): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004.
- Lazcano Brotóns, Iñigo: “Libertad de expresión”. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Ed. Civitas S.L., Madrid, 1ra. Edición 2004. (2da. Edición 2009).
- Lazcano Brotóns, Iñigo: “Prohibición de la discriminación”. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. 2da. Edición, Ed. Thomson Reuters y Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009.
- López Barja de Quiroga, Jacobo: “*El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*”, Ed. Akal/iure S.A., Madrid-España, 1991.
- López Guerra, Luis: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y Divergencias” en *Teoría y realidad constitucional*, ISSN 1139-5583, Nº 32, (Ejemplar dedicado a: La integración política de Europa ( I ), 2013.
- López Guerra, Luis: “Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales” en *R.V.A.P.* núm. (65), 2003.

- López Medina, Diego Eduardo: “La Jurisprudencia como Fuente del Derecho”. *Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Ed. IJB, Sucre, Bolivia, p. 7.
- Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 6ta. Edición, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2009.
- Luis Escobar de la Serna: *Derecho de la Información*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2001. (3ra. Edición 2004)
- Ma. Cruz Llamazares Calzadilla: *Las Libertades de Expresión e Información como garantía del Pluralismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Malarino, Ezequiel: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2010.
- Malarino, Ezequiel: “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales” en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México, D.F., 2011.
- Mansilla, H.C.F.: “Una comparación entre dos textos constitucionales” en *Miradas. Nuevo texto constitucional*, Ed. IDEA Internacional, La Paz, 2010.
- Marchal Escalona, Antonio Nicolás. *El atestado. Inicio del proceso penal*. Ed Aren S.L, Madrid, 1999.
- Martínez Moscoso, Andrés: *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información*. Ed. Berufsakademie, Formación Dual Universitaria, Cuenca-Ecuador, 2009.
- Martínez Otero, Juan María: “Libertades informativas y protección de los menores en la Constitución”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 66, 2009.
- Martínez Sospedra y otros, Manuel: *Elecciones electorales. Un estudio comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- Martínez Sospedra, Manuel: *Manual de derecho constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Martínez Sospedra, Manuel: *Manual de derecho constitucional. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Martínez Sospedra, Manuel: “Dilaciones indebidas, justicia constitucional y TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 2/2° Semestre 2003, Ed. Fundación Manuel Broseta, Valencia, 2003.
- Martínez Sospedra, Manuel: *Introducción a los partidos políticos*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona , 1996.
- Martínez, Sefa Riaura: “El valor de los derechos fundamentales”. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004.

- Molina Rivero, Ramiro: “La interculturalización de la justicia. Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia” en Revista IIDH, 2005 (on line en: [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_2061358847/Docs%20Revista%2041/Molina%20Rivero%20Ramiro.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs%20Revista%2041/Molina%20Rivero%20Ramiro.pdf) 13/12/2009).
- Muñoz Machado, Santiago: *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.
- Nash R. y otros, Claudio: “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Derechos humanos y juicio justo*, Ed. Red Interamericana de Gobernabilidad y derechos humanos y COLAM - Organización Interamericana Universitaria, Lima-Perú.
- Nash, Claudio: *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Ed. Porrúa, 2009.
- Navas Castillo, Florentina: “Libertad de expresión y derecho a la información”. *Libertades Informativas*. Ed. Colex, Madrid, 2009.
- Nieva Sotelo, Gricelda: “¿Un Innovador Proceso Integrador del Pluralismo Jurídico existente en Bolivia? Ética Jurídica e Interculturalidad” en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2008.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2013.
- Nogueira, Humberto: “Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5 de la Constitución chilena” en *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, N° 36, Lima, 1993.
- Nuñez Poblete, Manuel: Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, (on line en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/6.pdf> 20/03/2013).
- Olivia Santos, Andrés de la: *Pensamiento Jurídico sobre la Cosa Juzgada*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, España, 1991.
- Orrego, César Augusto: “Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Ortells Ramos, Manuel: *Derecho Procesal Civil*. Ed. Aranzadi S.A., Navarra-España, 2010.
- Ortiz Torricos, Marcela Rita: “La Situación Procesal y Derechos de la víctima del delito”, *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal Boliviano*, Ed. Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L., Sucre, 2007.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Ed. Eudema S.A., Madrid, 1991.



- Peces-Barba, Gregorio: "Ética, Poder y Derecho". *Cuadernos y Debates*, N° 54, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Pedroza de la Llave, Susana Thalía: "El derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el constitucionalismo en América Latina y en Europa" en *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Ed. Unam, México, 2013.
- Pellegrini, Lisandro: "El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Sistema Interamericano en Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: "Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales" en *Constitución, derecho y proceso*, Ed. Moreno S.A., Lima, 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: "Sobre la igualdad en la Constitución española". *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (5ta. Edición, 1995), 10ma. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Los derechos fundamentales*, 6ta. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- Prieto Sanchis, Luis: *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, T. V, Ed. Palestra, Lima.
- Prudencio, Jaime: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Juventud, La Paz, Bolivia, 1989.
- Rallo Lombarte, Artemi: "Derechos y Constitución". *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Ed. Pentagraf Impresores S.L., Valencia, 2004.
- Revenga Sánchez, Miguel: "Algunos Apuntes sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión". *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- Reviriego y otro, José Antonio: El control de Constitucionalidad de oficio, (on line en: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/reviriego.pdf> 06/06/2013).
- Ricoy Casas, Rosa María: *¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2010.
- Pastor Ridruejo, J. A.: "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales" en *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 64, N° 1, 2012.
- Rivera S., José Antonio: "El Precedente Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico y la actividad de los órganos estatales" en *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Ed. Adrus, Perú, 2009.

- Rivera Santivañez, José Antonio: "El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano" en *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009.
- Rivera Santivañez, José Antonio: "El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano". *Estudios sobre La Constitución aprobada en enero del 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009.
- Rivera Santivañez, José Antonio: *Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (on line en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) 13/10/2010).
- Rivera Santivañez, José Antonio: *Estudios Sobre la Constitución Aprobada de enero de 2009*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009.
- Robles, Gregorio: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1997.
- Rodríguez Fernández, Ricardo: *La Contaminación Procesal. El derecho a l juez imparcial*, Ed. Comares, Granada 2000.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos y otro: "El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2 Vol. I, julio/diciembre 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Rodríguez-Magariños, Fausto Gudín: *Luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo: "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno guatemalteco". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano / 2001*. Ed. Konrad -Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Rojas Tudela, Farith: "Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas" en *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Ed. CACH-Fundación Tribuna Constitucional, Sucre, 2012.
- Rubio Llorente, Francisco: *Derecho Fundamentales y Principios Constitucionales*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1995,
- Ruiz Miguel, Carlos: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre las relaciones entre los Derechos nacional e internacional*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Ruiz Miguel, Carlos: "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional Noticias de la Unión Europea" en *Revista* N° 120, 1995.
- Saba, Roberto: "Igualdad estructural" en *Derecho y humanidades*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 11, 2005.
- Sáiz Arnáiz, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El art. 10.2 CE de la Constitución Española, Madrid, 1999.
- Sánchez Ferriz, Remedios: *El Derecho a la Información*, Ed. Cosmos, Valencia 1974.

- Santamaría Arinas, René: "Prohibición de Discriminación". *Convenio Europeo de Derecho Humanos. Comentario Sistemático*, Ed. Thomson Reuters y Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2009.
- Santo, Víctor de: *Diccionario de Derecho Procesal*, Ed. Universidad, 2008.
- Sanz Caballero, Susana: "Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N° 17, 2004.
- Sanz Caballero, Susana: "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N° 38, 2011.
- Saraza Jimena, Rafael: *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidación y Propia Imagen*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Sartori, Giovanni: *La democracia en 3 lecciones*. Ed. Taurus, Santillana S.L, Madrid, 2009.
- Sartori, Giovanni: *Teoría de la Democracia. El debate contemporáneo*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1998.
- Sendra, Gimeno. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Constitución y proceso*. Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- Shelton, Dinah: "Prohibición discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (on line en: [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl) 07/11/2012).
- Taruffo, Michele: "La Cultura de la Imparcialidad en los países del *common law* y del derecho continental". *La imparcialidad judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Torbisco Casals, Neus: "La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos" en *La Multiculturalidad*, Ed. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 2001.
- Touraine, Alain: *¿Qué es la democracia?*, Ed. T.H. S.A., Madrid, 1994, p. 95
- Travieso, Juan Antonio: *Historia de los Derechos Humanos*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.
- Uprimny, Rodrigo: *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*. (on line en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/2008/documents/RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1> 03/05/2012).
- Urenda, Juan Carlos: *El Problema de Fondo de la Elección de Magistrados*. Instituto Libertad, Democracia y Empresa (on line en: [www.institutoilde.org](http://www.institutoilde.org) 04/10/2012).
- Vallés Copeiro del Villar, Antonio: *Curso de Derecho de la Comunicación Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2005.
- Vallés y otro, Josep. M.: *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ed. Ariel S.A., Barcelona , 1997.

- Varnoux Garay, Marcelo: *Principios y valores de la democracia. Cultura democrática en sociedades descentralizadas*, 5ta. Edición, Ed. ABCP y Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2010.
- Vega Ruiz, José Augusto de: *Libertad de Expresión Información Veraz Juicios Paralelos Medios de Comunicación*. Ed. Universitas S.A., 1998, Madrid-España.
- Velásquez Castellanos, Iván: “Derechos y garantías constitucionales ¿Puede un Estad débil garantizar los derechos constitucionales?”, en *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009.
- Ventura Robles, Manuel E.: “La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Camino Hacia Un Tribunal Permanente” en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. UNHCR, San José, Costa Rica, 2003.
- Vergottini, Giuseppe de: “El diálogo entre Tribunales” en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011.
- Vergottini, Giuseppe de: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- Viana Garcés, Andrée: “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias” en *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Vives, Antón: “Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación del delito”. *Teoría y Derecho*, junio/diciembre, Valencia, 2007.
- Walsh, Catherine: “Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico”, Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril de 2010.
- Walsh, Catherine: “(De) Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador” (on line en: [http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id\\_article=51](http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id_article=51) 05/04/2012).
- Zarini, Helio Juan: *Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Zúñiga Rodríguez, Laura: “Instrumentos Jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes”. *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*. Ed. Ararteko, 2004.