

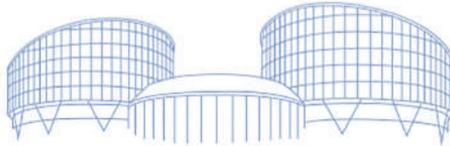
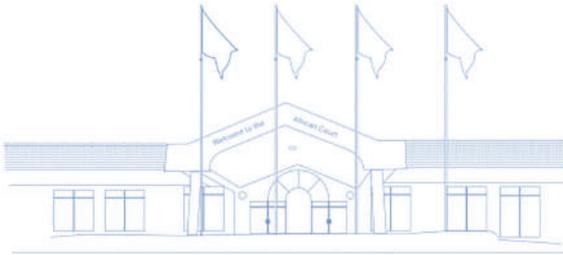


DIÁLOGO ENTRE CORTES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS





DIÁLOGO ENTRE CORTES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS



341.245.2
C827d

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos / Corte Interamericana
de Derechos Humanos (comp.)-
San José, C.R.: Corte IDH, 2020

222 p.: 22x14 cm.

ISBN (físico) 978-9977-36-260-1
ISBN (digital) 978-9977-36-249-6

1. Derechos humanos 2. Derecho Internacional de los derechos humanos 3.
Tribunales internacionales 4. Instrumentos internacionales de derechos humanos 5.
Sistema Interamericano de Derechos Humanos I. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo
II. Guterres Antonio III, Alvarado Quesada, Carlos IV. Oré, Sylvain V. Raimondi,
Guido VI. Scholz, André

CONTENIDO

Prólogo	7
Inauguración de la semana del 40 Aniversario	11
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot	13
António Guterres	21
Carlos Alvarado Quesada	27
Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos	33
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot	35
Sylvain Oré	43
Guido Raimondi	49
André Scholz	55
Sesión 1 De la interpretación de normas al cambio social.	
Los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos a la luz de la realidad.	59
Armin von Bogdandy, El mandato del Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos.	61
Ângelo Matusse	75
Branko A. Lubarda	85
Elizabeth Odio Benito	109
Mónica Pinto	115
Sesión 2 Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales: Impacto, resistencia, dificultades y retos.	119
Manfred Nowak, Autoridad y legitimidad de las cortes regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos.	121
Ben Kioko	147
Abel Campos	159
Humberto Antonio Sierra Porto	165
Michelo Hansungule	173
Sesión 3: Fortalecimiento de la cooperación entre las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos.	177
Anja Seibert-Fohr, Diálogo judicial desde una perspectiva interregional.....	181

Suzanne Mengue Ntyam Ondo.....	193
Ganna Yudkivska.....	201
Eduardo Vio Grossi	207
Patricio Pazmiño Freire	215
Declaración de San José	217

PRÓLOGO

El 17 de julio de 2018 tuvo lugar en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el primer Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos. Este evento contó con la participación de los presidentes, juezas y jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como especialistas internacionales de reconocida trayectoria.

El Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos tuvo como propósito fortalecer la interacción y la cooperación entre los tres tribunales. Esta primera reunión fue un hito histórico y resultó el corolario lógico de diferentes iniciativas previas de acercamiento entre las Cortes que incluyeron encuentros bilaterales o reuniones en Arusha, Estrasburgo y San José, el intercambio de personal, publicaciones conjuntas y acuerdos de cooperación.

Al cumplirse 40 años de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos somos testigos de los avances del derecho internacional de los derechos humanos y de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, la actualidad también nos recuerda que en todo el mundo existen importantes retrocesos y ataques a los derechos humanos y a los mecanismos internacionales de protección.

Frente a esta realidad, la Corte Interamericana consideró imperioso fortalecer el diálogo, incrementar la cooperación y los vínculos de nuestras instituciones para mejorar la protección de los derechos humanos de las personas independientemente del continente en el que se encuentren. Por ello, nuestro Tribunal propuso, en primer lugar, celebrar una reunión de las tres Cortes regionales y, en segundo lugar, plasmar en una declaración la voluntad de que estos encuentros de trabajo se formalicen y repitan regularmente.

La primera de esas propuestas se concretó con la celebración del primer Diálogo de Cortes Regionales de Derechos Humanos el cual tuvo como objetivos: a) compartir los principales avances normativos, institucionales y jurisprudenciales de los tres Tribunales;

b) debatir sobre los desafíos y retos más importantes que enfrentan, y c) definir líneas de acción conjunta, fortaleciendo las acciones de cooperación y diálogo. Para alcanzar esos objetivos, se trabajó en tres sesiones: la primera, trató sobre el tránsito de la interpretación de normas al cambio social; la segunda, abordó las cuestiones relativas a la autoridad y legitimidad de las Cortes regionales y la tercera trató cuestiones de cooperación entre los tres Tribunales. Cada sesión inició con una breve introducción de las y los moderadores; luego una persona experta hizo una presentación inicial seguida por los comentarios de una jueza o juez de cada Corte, para pasar así a un diálogo abierto entre todos los participantes. Al finalizar cada sesión, la persona moderadora presentó sucintamente las conclusiones principales del diálogo.

Esta publicación incluye las intervenciones ocurridas en el Diálogo, con el propósito de resguardar la memoria de este evento histórico y, a su vez, difundir la fructífera discusión que se mantuvo en aquella ocasión. Asimismo, la publicación incluye los discursos del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, y del Presidente de la República de Costa Rica, Carlos Alvarado Quesada, quienes nos acompañaron, el 16 de julio de 2018, en la inauguración de la semana de conmemoración del 40 Aniversario. Finalmente, esta publicación incluye la Declaración de San José de Costa Rica suscripta por los presidentes de las tres Cortes regionales y por el Presidente de la República de Costa Rica en calidad de testigo de honor. La Declaración de San José, formaliza la voluntad de las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos de profundizar su trabajo conjunto mediante la celebración de un Foro Permanente de Diálogo Institucional. El Foro tiene el propósito de fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo la jurisdicción de los tres Tribunales; contribuir con los esfuerzos estatales al fortalecimiento de sus instituciones democráticas y de los mecanismos de protección de derechos humanos, y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Tenemos la esperanza que este texto contribuya a una profunda reflexión sobre nuestro trabajo y, en definitiva, a mejorar la protección de los derechos humanos de las personas. No queda más que expresar

un profundo agradecimiento a las tres Cortes y a todas las personas que hicieron posible este evento histórico. Por supuesto, la Corte Interamericana destaca la generosa contribución de la agencia alemana de cooperación GIZ y, muy especialmente, el gran apoyo del Programa Dirajus II basado en Costa Rica, que hicieron posible la reunión en San José y esta publicación.

Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2018-2019



INAUGURACIÓN SEMANA DEL 40 ANIVERSARIO

16 de julio de 2018

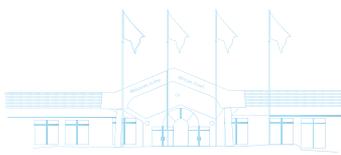
Discursos de apertura





Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



Inauguración Semana del 40 Aniversario



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Es para mí un gran honor, como presidente y en nombre de mis colegas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dar las palabras de bienvenida a la semana de eventos en conmemoración del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana. Esta conmemoración resulta especialmente significativa, por cumplirse también en este 2018, los 70 años de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos.

En primer lugar, quisiera hacer extensiva la gratitud de la jueza, jueces, funcionarias y funcionarios de la Corte Interamericana, al presidente de la República de Costa Rica, quien además visita por primera vez esta Corte tras haber sido elegido presidente de esta gran nación el pasado 1 de abril. No resulta casual que Costa Rica fuera el primer país en ratificar la Convención Americana y en reconocer la competencia contenciosa de nuestro Tribunal. Hoy, señor presidente, podemos celebrar este aniversario gracias a Costa Rica; especialmente, gracias a la visión y al compromiso que cuarenta años atrás tuvieron un grupo de mujeres y hombres idealistas de este país, que es un ejemplo de civismo, democracia y derechos humanos. Quiero destacar que varios de aquellos visionarios o sus familiares están hoy con nosotros en esta sala. Por intermedio suyo, señor presidente, quiero agradecerle en nombre de la Corte Interamericana al pueblo y al Estado costarricense su hospitalidad y su generosidad, por haber sido nuestra casa a lo largo de estos 40 años de historia.

Este agradecimiento también lo hacemos extensivo al secretario general de Naciones Unidas, quien aceptó hacer un lugar en su cada día más compleja agenda global, para visitar por primera vez la Corte Interamericana y acompañarnos en esta importante semana de conmemoraciones. Su presencia muestra el excepcional compromiso que tiene con los derechos humanos y su encomiable iniciativa de hacer de ellos el núcleo de nuestra labor compartida.

De igual manera, agradecemos la presencia de la presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, institución hermana que el próximo año cumplirá 60 años de fructífera existencia, que

conjuntamente con esta Corte, conforman los órganos de protección y promoción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Con la Comisión Interamericana tenemos una enorme tarea común por delante en nuestro continente, frente a los autoritarismos y fundamentalismos y frente a la violencia con la que se pretende callar a quienes piensan diferente a unos pocos kilómetros de aquí.

En una conmemoración como la que hoy inicia, no podía faltar la presencia de nuestros tribunales hermanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Muchas gracias a los presidentes por su presencia, así como a las juezas, jueces y personal jurídico de estos tribunales que nos acompañan. También constituye un honor la presencia de los expresidentes y expresidenta de la Corte Interamericana, así como la de exjueces, exjuezas y exsecretarios de este Tribunal.

Quiero también agradecer a la comunidad internacional, especialmente a la comunidad donante que nos ha acompañado en estos 40 años y hoy también se encuentra con nosotros. Gracias por su apoyo, gracias por su confianza.

Sean todas y todos muy bienvenidos al Tribunal de Derechos Humanos de América.

La semana de eventos que da inicio el día de hoy, tiene como ejes fundamentales no solo la conmemoración de los 40 años de vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional que da vida a la Corte Interamericana y lo que ello significa para el continente americano, sino que además constituye un esfuerzo histórico y extraordinario para fomentar y promocionar el necesario diálogo multinivel, con órganos de las Naciones Unidas y de la OEA, con los tribunales regionales de derechos humanos, las autoridades y altas jurisdicciones nacionales del continente americano y con la sociedad civil.

El elemento unificador y aglutinador del diálogo y de la protección multinivel es y tiene que ser, el derecho internacional de los derechos humanos, el cual se ordena bajo el principio de máxima protección a las personas y su dignidad. Trabajar con esa perspectiva es lo que da sentido a nuestra función compartida por todos los aquí presentes.

Una mención especial merece la judicatura, juezas y jueces nacionales e internacionales, con la salvedad de nuestras competencias

concretas, cumplimos básicamente la misma función: garantizar derechos, proteger a las personas. Si bien es cierto que las tareas y formas tradicionales de impartir justicia han ido evolucionando y adecuándose a los distintos ámbitos de la realidad, tenemos sin duda tareas similares y objetivos comunes cuando se trata de la defensa y garantía de los derechos humanos. De ahí la importancia de utilizar los tratados internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, que constituye un eje articulador para efectivizar los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional. Esto nos lleva a la comprensión de una judicatura de responsabilidades compartidas y a un derecho común en materia de derechos humanos.

Esto resulta especialmente relevante en los momentos actuales a nivel mundial, en los que se advierten discursos y acciones fundamentalistas, que favorecen la discriminación, la exclusión, la desigualdad y la inequidad social. De ahí la necesidad de hacer un alto en el camino para reflexionar juntos sobre los logros alcanzados y también para advertir los obstáculos y desafíos que enfrentamos, con la mirada firme hacia una civilización más justa, humana y solidaria.

Guiados por esa visión, quisimos que estos 40 años de vida de la Corte Interamericana fueran una oportunidad de celebración pero también de trabajo y reflexión. Por eso organizamos para esta semana una serie de eventos y de iniciativas de muy distinta naturaleza, que dan inicio a un año de trabajo, de diálogo y de aprendizaje sobre las responsabilidades compartidas, que se desarrollará de manera muy intensa en todo el continente.

Luego de esta inauguración, el día de mañana tendrá lugar en esta misma sala de audiencias, un Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos. Se trata de una sesión de trabajo, un coloquio de carácter privado entre los Tribunales de Arusha, Estrasburgo y San José, que da continuidad a las ya fluidas y provechosas relaciones que la Corte Interamericana ha mantenido y mantiene con estas Cortes internacionales hermanas.

Si bien nos hemos reunido ocasionalmente o de manera bilateral a lo largo de los años, en esta oportunidad lo hacemos con delegaciones oficiales de los tres Tribunales. Con el espíritu de intensificar nuestra colaboración, creamos un foro permanente de diálogo de las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos del mundo.

El día de mañana tendremos la oportunidad de compartir experiencias, puntos de vista y objetivos en relación con los logros y desafíos a los que nos enfrentamos en la actualidad. Se tratará de un evento sin precedentes en San José de Costa Rica, que busca fortalecer las relaciones entre nuestros tribunales regionales y hacer más efectiva la protección de derechos humanos y el estado de derecho en nuestros continentes. Asimismo, producto de este diálogo, esperamos aprobar la primera declaración conjunta entre los tres tribunales regionales de derechos humanos del mundo.

Simultáneamente, mañana habrá un evento organizado conjuntamente entre la Universidad de Costa Rica y la Corte Interamericana en el que participará un querido ex presidente del Tribunal y dos destacadísimas académicas, amigas de la Corte. Este evento, junto con la suscripción de dos convenios con universidades costarricenses que llevamos a cabo el día de hoy inician, en este 40 aniversario, un programa de vinculación académica con las altas casas de estudios de este país y de todo el continente. Estamos convencidos de que hay un futuro mejor y que se construye con educación en derechos humanos.

En los siguientes días, la Corte celebrará un seminario internacional denominado *Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos*, al cual están todos cordialmente invitados. Tendrá lugar el miércoles 18 de julio en el Teatro Nacional de Costa Rica –recinto emblemático donde se suscribió la Convención Americana y se instaló formalmente este Tribunal–, y el jueves 19 de julio en el Aula Magna de la Universidad de Costa Rica. Se trata de un evento de una convocatoria extraordinaria y de nivel mundial. Estamos profundamente agradecidos con quienes nos apoyaron en esta iniciativa y con quienes vinieron a San José para acompañarnos en esta ocasión. Contaremos con la participación de juezas y jueces de las tres Cortes regionales, las principales expertas internacionales en derechos humanos, expresidentes, exjueces y exjuezas de la Corte Interamericana, autoridades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de presidentas, presidentes y jueces de altas cortes nacionales, representantes de autoridades estatales, defensoras y defensores de derechos humanos, académicas y académicos de larga trayectoria profesional, víctimas de violaciones de derechos humanos y representantes de la sociedad civil.

Sin duda, este foro nos permitirá reflexionar junto a todos los actores clave, sobre el pasado, el presente y el futuro, no solo desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino también desde los sistemas Universal, Africano y Europeo de derechos humanos; teniendo en cuenta que los problemas y realidades que tenemos como sociedades nos llevan a la necesidad de enfrentarlos de manera integral y global.

Como presidente de la Corte Interamericana expreso mi mayor entusiasmo por compartir a lo largo de los siguientes días experiencias y reflexiones sobre el fortalecimiento de nuestros sistemas de protección de derechos humanos. Auguro no solo el éxito de todos los encuentros y diálogos que tendremos; estoy convencido de que representa solo el inicio de la firme apuesta de nuestra Corte por una colaboración aún más estrecha y fructífera, con el fin de avanzar en el camino hacia la efectiva protección de los derechos humanos, nuestra tarea común y misión principal.

Señoras y señores, los eventos conmemorativos que inician el día de hoy, simbolizan el vigor del compromiso de cada uno de los aquí presentes con el respeto por la dignidad del ser humano. Su presencia aquí respalda no solo lo que significa para nuestra América el Pacto de San José de Costa Rica y la labor de los 40 años de la Corte Interamericana protegiendo derechos, sino también la lucha y sufrimiento de las víctimas de las más graves violaciones de derechos humanos. De sus relatos, sufrimiento e historias hemos sido testigos precisamente en esta sala de audiencias. Su presencia aquí también respalda a todas aquellas instituciones y organizaciones que han apostado, desde sus inicios, por lograr que el mundo que hereden las generaciones futuras esté definido por valores como la paz, la justicia, el respeto, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.

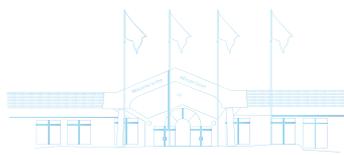
Con esta visión, continuaremos humildemente con el legado de aquellas mujeres y hombres visionarios de este país y de otros Estados de nuestra región. Seguiremos trabajando juntos por los objetivos y la esperanza común: la plena vigencia de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho para los habitantes de nuestro continente.

Muchas gracias por su presencia y nuevamente sean todas y todos bienvenidos.



António Guterres

Secretario General de las Naciones Unidas



Inauguración Semana del 40 Aniversario



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Me complace mucho estar con ustedes para celebrar el cuadragésimo aniversario de esta importante Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Rindo homenaje a la labor de los magistrados de esta Corte y a la tradición de derechos humanos que ustedes presiden. Es lógico que esta Corte de Derechos Humanos radique en San José, por el Pacto de San José y porque Costa Rica ha hecho del multilateralismo y del respeto al derecho internacional pilares de su identidad nacional. Le doy las gracias a Costa Rica, no solo por acoger la Corte, sino también por encarnar los principios fundamentales que este órgano representa.

En una parte del mundo, largamente assolada por la violencia, el autoritarismo y la corrupción, Costa Rica se ha destacado siempre por su compromiso con los principios de la democracia, del estado de derecho, la paz y los derechos humanos.

Señoras y señores, este es un año de celebraciones históricas para las Américas. Hace 70 años se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Este fue el primer documento internacional de trascendencia en materia de derechos humanos. Unos meses más tarde se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que hizo de los derechos humanos uno de los tres pilares de las Naciones Unidas junto con la paz y el desarrollo. Como en un trípode, cada uno de sus pilares es igualmente importante: no puede haber desarrollo sin paz, ni paz sin desarrollo, ni puede haber lo uno ni lo otro sin el pleno respeto de los derechos humanos.

Es por esa razón que esta Corte es tan importante. Hace 40 años la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor, lo que dio lugar al establecimiento de la Corte donde estamos hoy reunidos.

Durante las cuatro décadas de su existencia, la Corte ha estado a la vanguardia de la reforma constitucional y legislativa así como en materia de políticas en apoyo de los derechos humanos. Ustedes promueven el cumplimiento por los Estados de las normas de derechos humanos y hacen que los Estados rindan cuentas por las violaciones de esos derechos.

Ustedes proporcionan liderazgo moral y actúan para eliminar las violaciones de los derechos y castigar a quienes las perpetúan. Ustedes han dado recurso a miles de víctimas que han sufrido violaciones de sus derechos. Y ustedes han demostrado el carácter indispensable de los sistemas regionales de derechos humanos, incluso en contextos de conflicto social donde las violaciones de esos derechos están generalizadas. En el momento en que se estableció la Corte, en esta región predominaban los regímenes autoritarios. Las violaciones graves de los derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas y la tortura, eran comunes. Y a pesar de haber surgido en un contexto tan poco propicio, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha prosperado y ha llegado a reducir las violaciones de estos derechos, ha hecho valer la rendición de cuentas y ha fortalecido las normas de derechos humanos.

La labor de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han contribuido de forma considerable a la oleada de democratización del continente. En 1988, el fallo histórico de la causa *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* estableció la responsabilidad de los Estados de investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos como las desapariciones forzadas.

La Corte también ha contribuido a promover los derechos de los pueblos indígenas y de las personas de ascendencia africana a la tierra, al territorio y a los recursos naturales. Más recientemente, la Corte se ha pronunciado sobre una amplia gama de problemas de derechos humanos como el derecho a la nacionalidad, la responsabilidad del poder judicial y la elaboración de normas de diligencias debidas en casos de violencia contra la mujer.

Sin embargo, a pesar de estos avances, los principios de los derechos humanos fundamentales siguen sometidos a prueba, no solamente en América, sino en todas las regiones. Vemos que la crítica es penalizada y los defensores de los derechos humanos y los activistas ambientales, son intimidados y asesinados. Vemos intentos de socavar la independencia del poder judicial. Vemos la negación de los derechos reproductivos de las mujeres y vemos a elementos racistas y xenófobos avivar deliberadamente las llamas del odio y de la discriminación.

Vemos así mismo, que las comunidades marginadas son discriminadas y excluidas del desarrollo y de las oportunidades mientras crecen las desigualdades. Estas acciones nos ponen en peligro a todos. Es fundamental que los pueblos y sus dirigentes en todo el mundo, renueven su compromiso de defender todos los derechos humanos, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Estos son los valores que sustentan nuestro anhelo de un mundo mejor, más seguro y más justo para todos, plasmado en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

Señoras y señores, América ha avanzado mucho desde los días sombríos de los años 70 y 80. No obstante, algunas partes de esta región siguen afrontando grandes desafíos en materia de derechos humanos como la impunidad, la violencia generalizada y la inseguridad, la reducción del espacio democrático, las altas tasas de violencia por razón de género, la pobreza, la desigualdad y la discriminación.

La corrupción obstaculiza la capacidad del Estado para hacer frente a esos problemas que socavan la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático. Quienes soportan la carga de las violaciones de los derechos humanos son todas las personas que históricamente han sufrido la discriminación y la marginación: los niños, las mujeres, las comunidades indígenas, los afrodescendientes, los migrantes, los refugiados, los pobres de las zonas rurales, las personas con discapacidad y las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales. Esta Corte es su recurso. Este órgano ha dado resonancia a la voz de las víctimas y de las personas vulnerables. Desempeña un papel indispensable en la promoción de la observancia de las reglas y normas de derechos humanos y ha establecido parámetros esenciales que deben cumplir los tribunales nacionales.

Sin embargo, 40 años después de la creación de la Corte, varios Estados aún no reconocen su jurisdicción. Y hay Estados que aun reconociéndola, se presentan en ellos precedentes peligrosos por fallos que no reconocen el carácter vinculante de las decisiones de este órgano. También vemos a dirigentes políticos criticar los fundamentos mismos del sistema de derechos humanos.

Debemos superar la falsa dicotomía entre los derechos humanos y la soberanía nacional. Los derechos humanos y la soberanía nacional van de la mano. La provisión de los derechos humanos fortalece a

los Estados y a las sociedades con lo que refuerza la soberanía; y los mejores defensores de los derechos humanos son los Estados soberanos que funcionan bien. Por ello, todos debemos mantenernos vigilantes. La promoción y protección de los derechos humanos no pueden darse por sentado; la dignidad, la libertad y la seguridad de las personas están en juego.

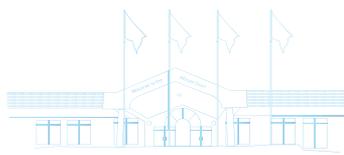
Señoras y señores, con un cuarto de siglo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos apoyó los esfuerzos encaminados a aumentar la eficacia de los sistemas regionales de derechos humanos y destacó la importancia de la cooperación con el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Estoy aquí para afirmar que la Organización de las Naciones Unidas seguirá trabajando para apoyar los esfuerzos que ustedes realizan. Al celebrar la historia de esta Corte y el 70 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos no debemos olvidar que los derechos humanos son mucho más que meras palabras, son cimientos de nuestro progreso como pueblos y son indispensables para la paz y el desarrollo. Requieren implementación, especialmente en la vida diaria de las personas más pobres y marginadas.

Los derechos humanos son nuestra responsabilidad colectiva y todos tenemos un papel que desempeñar en su preservación y promoción. En el 40 aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordemos que no puede haber prosperidad sostenible a menos que todos puedan beneficiarse de ella. No puede haber paz duradera sin justicia y sin respeto de los derechos humanos.

Encomiendo los esfuerzos de esta Corte y los exhorto a mantenerse vigilantes y decididos a proteger y promover los derechos humanos en todo el continente americano.



Carlos Alvarado Quesada
Presidente de la República de Costa Rica



Inauguración Semana del 40 Aniversario



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

En mi condición de presidente de la República de Costa Rica es un inmenso honor poder participar en esta celebración histórica, precisamente por ser el lugar donde se suscribió la principal carta de derechos humanos del continente americano, al celebrarse la cuarta década de su entrada en vigencia. Y quiero decir también que para mí, como costarricense, es un verdadero honor que la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos esté asociada también con el esfuerzo de grandes costarricenses, hombres y mujeres; mujeres como doña Sonia Picado, como doña Elizabeth Odio; hombres como Rodrigo Carazo, expresidente, o como Rodolfo Piza Escalante, entre muchas otras personas de nuestra nacionalidad que han contribuido a este esfuerzo del continente americano. Y en esa tesitura, me siento comprometido a honrar ese legado americano y esa contribución costarricense.

El proceso de globalización, pese a los grandes retos que enfrenta en la actualidad y que hoy vivimos de manera fehaciente, ha logrado relativizar la importancia de las fronteras nacionales al tiempo que ha potenciado el valor del diálogo y la concertación como formas eficaces para el logro de objetivos que trascienden los intereses meramente estatales.

Las naciones que conforman la comunidad mundial se encuentran cada vez más vinculadas por la necesidad de asociarse y acordar soluciones consensuadas para sus problemas comunes, también estandarizados por la propia globalización. El multilateralismo es la forma en que se relacionan las sociedades en el siglo XXI. La necesidad de encontrar objetivos comunes, estrategias conjuntas hace cada vez más necesario superar las barreras del nacionalismo, del unilateralismo y la introspección, atizadas también por la irracionalidad que vemos hoy sumarse en las manifestaciones políticas de la región y del mundo.

Grandes transformaciones han sido posibles en las sociedades actuales gracias al trabajo conjunto de las naciones, en particular, mediante su participación activa en los diversos organismos internacionales y supranacionales. El continente americano ha sido ejemplo en la

solución multilateral de los problemas que enfrentan tanto la región como los Estados que la componen. En materia de derechos humanos, América ha sido pionera en la suscripción de múltiples instrumentos internacionales que han consolidado la democracia, fortalecido la inclusión y el respeto a la dignidad de todas las personas.

En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, realizada en esta ciudad, los delegados de los Estados miembros de la OEA redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, el instrumento internacional más relevante del continente. Que los países del continente hayan sido capaces de desarrollar robustas instituciones de protección basadas en un *corpus iuris* americano, moderno, garantista y en constante progresión, nos confirma que el multilateralismo es la vía a seguir. El diálogo entre los Estados y a lo interno de estos, es la clave para el desarrollo de la región.

Hoy celebramos 40 años de la entrada en vigencia de uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes del planeta. El mundo de la posguerra generó una conciencia internacional acerca del reconocimiento y tutela de los derechos humanos como responsabilidad impostergable de los Estados. Esto se materializó en la misión de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención Americana consolida los derechos reconocidos en la Declaración Universal. Consolida un régimen de libertad personal y justicia que debe irradiar los ordenamientos internos de los Estados. Pone a las personas como sujetos de protección internacional y como centro de la acción pública. Tal como reza el preámbulo de la Convención Americana, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En el ámbito institucional, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han consolidado como instancias fuertes y eficaces para la protección de las personas y el aseguramiento de las obligaciones de los Estados.

Nuestro Estado tiene el altísimo honor de que en su territorio se haya realizado la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que a esta se le llame Pacto de San José. Además, Costa Rica

ha sido un constante impulsor y defensor del Sistema Interamericano. Este país es parte del grupo de dos Estados que firmó la Convención el 22 de noviembre de 1969, fue su primer adherente el 2 de marzo de 1970, y fue el primer depositario del instrumento de aprobación el 8 de abril de 1970. Estos hechos forman parte del legado histórico de Costa Rica, a la comunidad internacional, como defensor de los derechos humanos. Gracias a esta condición, nuestro país recibió la altísima honra de albergar la sede de la Corte Interamericana, también fue el primer Estado en aceptar la competencia de la Corte Interamericana un 2 de julio de 1980.

Mediante la Ley 6889 del 9 de septiembre de 1983, Costa Rica ratificó el Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En dicha ley reconoció la misma fuerza vinculante de las resoluciones dictadas por tribunales costarricenses, a las decisiones emitidas por el pleno de la Corte o por su presidencia. El Estado fue el primero en hacer uso del mecanismo consultivo del artículo 64.2 de la Convención y el que más lo ha empleado: cinco ocasiones en total. Con ello ha demostrado su genuino interés en lograr la más amplia tutela de los derechos de las personas que habitan el continente americano. Costa Rica ha sido parte en procesos contenciosos cuyas resoluciones han propiciado importantes cambios en la regulación interna y en la práctica del ejercicio del poder público. Y a lo largo de estas décadas se ha desarrollado un vigoroso diálogo jurisprudencial entre los tribunales internos, en especial la Sala Constitucional y la Corte Interamericana. Debemos honrar y fortalecer la sólida tradición de control de convencionalidad de nuestro país.

El respeto por los derechos de las personas es parte de lo que nos distingue y caracteriza ante la comunidad internacional. Sin embargo, los avances en materia de derechos humanos a veces no son lo veloces que deberían, o que desearíamos, o que las circunstancias nos permiten, pero debemos continuar en esas luchas.

De las reflexiones que he escuchado el día de hoy, rescato para mí algo que el secretario general de Naciones Unidas —a quien agradezco su presencia el día de hoy porque es evidencia clara del respaldo del más alto nivel al sistema de derechos humanos— me compartió en privado: la importancia de la defensa de los valores de la ilustración. Esa reflexión me conmovió porque me llevó al origen de muchos de

mis valores que tenía tiempo de no visitar conceptualmente. Creo que ahí contamos con una gran veta para fortalecer las luchas que tenemos por delante, porque quienes nos encontramos aquí estamos convencidos de lo que estamos haciendo. Estamos convencidos de que debemos seguir adelante; más convencidos sabiendo que el entorno no es un viento necesariamente favorable pero que sí sabemos a dónde queremos llegar, y eso hace toda la diferencia.

Hoy 40 años después de aquel julio de 1978, debemos celebrar los avances que como región hemos tenido gracias a la vigencia de la Convención Americana. Esta conmemoración hoy se vuelve clave frente a cualquier intento por debilitar el Sistema Interamericano de protección. Nuestro continente nunca deberá retroceder a los tiempos en que las naciones defendían un dominio soberano reservado, en tanto las personas veían sus derechos violados sin una instancia supranacional que los protegiera.

Celebremos que nuestro sistema de protección siga respondiendo de manera oportuna y certera a las necesidades persistentes en la región más desigual del mundo pero que su jurisprudencia evoluciona constantemente para atenuar dichas disparidades. Como presidente de Costa Rica, anhelo que dentro de una década, cuando nos reunamos a celebrar 50 años de vigencia de la Convención, tengamos una América cada vez más inclusiva y respetuosa de todas las personas, una América que haya abolido la discriminación, el abuso, el odio, y que haya entendido su deber histórico de eliminar todas las barreras que separan a las personas y que luchemos por el ideal de alcanzar la dignidad, la realización de las personas y la felicidad.



DIÁLOGO ENTRE CORTES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

17 de julio de 2018

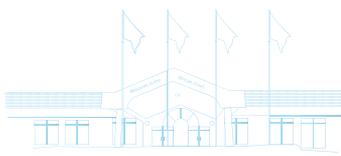
Discursos de apertura





Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



Diálogo entre
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

En nombre de mis colegas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el mío propio, les doy la más cordial bienvenida a este primer Diálogo de Cortes Regionales de Derechos Humanos. Agradezco, muy especialmente, a los señores Sylvain Oré y Guido Raimondi y a las juezas, jueces y personal jurídico de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han venido a San José. Quiero agradecer también a las expertas y expertos internacionales que nos acompañan y que tienen la tarea de facilitar el diálogo el día de hoy: las profesoras Mónica Pinto y Anja Seibert-Fohr y los profesores Michelo Hansungule, Manfred Nowak y Armin von Bogdandy.

Esta reunión histórica de las tres Cortes no habría sido posible sin la muy generosa y desinteresada cooperación internacional de la República Federal de Alemania. Quiero agradecer, en nombre de la Corte Interamericana, al Embajador interino señor André Scholz por acompañarnos en esta inauguración y, por supuesto, a la Agencia GIZ por su intenso trabajo, muy especialmente a la señora Hellen Ahrens y a su equipo.

Quisiera comenzar destacando la relevancia de este primer encuentro de las tres Cortes regionales que ocurre en un año muy significativo para los derechos humanos en todo el mundo. Además de los 40 años de la entrada en vigor de la Convención Americana y de la creación de nuestro Tribunal regional, como se expresó el día de ayer, se cumplen nada menos que 70 años de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, instrumentos pioneros que han influido positivamente en los sistemas normativos y las prácticas estales en todo el mundo.

Esta primera reunión de nuestras tres Cortes ha sido precedida por numerosos y fructíferos encuentros e intercambios bilaterales. En el pasado, los tres Tribunales hemos interactuado y aprendido mucho; nos hemos beneficiado de una relación cercana y del diálogo entre Arusha, Estrasburgo y San José. Este diálogo se profundizó en los últimos años en los cuales, jueces y abogados de la Corte Interamericana participamos en reuniones con nuestros pares en

las sedes de la Corte Africana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual modo, jueces y abogados han venido a San José desde Arusha y Estrasburgo.

Estos intercambios tuvieron como objetivo general compartir información sobre los avances jurisprudenciales y el impacto del trabajo de las Cortes, sus relaciones con los tribunales nacionales y los retos presentes y futuros. Además, permitieron conocer diversos aspectos del funcionamiento de cada uno de los Tribunales, sus diferentes servicios y procedimientos internos con el objetivo de conocer las buenas prácticas de unos y otros.

Además de esas reuniones de trabajo, hemos realizado intercambios de personal de las Secretarías mediante la incorporación de abogados y abogados de un Tribunal en el equipo de trabajo de los otros. Estos intercambios fortalecen los vínculos de trabajo y permiten compartir, de manera práctica y en profundidad, la jurisprudencia, funciones y procedimientos de nuestras Cortes, facilitando el intercambio de buenas prácticas entre nuestros equipos legales y, en definitiva, entre nuestros Tribunales.

Los esfuerzos compartidos, incluso, incluyeron la realización de publicaciones conjuntas como el libro *Diálogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editado en 2015 por nuestros Tribunales, en inglés y en español. Esta obra, además de difundir precedentes destacados en Europa y América, demuestra la existencia de convergencias en la manera de interpretar ambos tratados de derechos humanos. Más aún, en 2015 hemos suscrito con la Corte Africana un Acuerdo de Cooperación para el desarrollo de iniciativas comunes en beneficio de nuestras instituciones y seguimos explorando nuevas ideas para avanzar en el trabajo conjunto.

La interacción entre nuestras Cortes, sin embargo, trasciende las reuniones de trabajo, el intercambio de personal, las publicaciones conjuntas y los acuerdos de cooperación. La Corte Interamericana se ha beneficiado en alto grado del razonamiento de las otras dos Cortes hermanas. Las Convenciones son instrumentos vivos que mantienen su vigencia a través de las interpretaciones realizadas por cada uno de los Tribunales, y cada Convención se adoptó según las necesidades propias de su contexto y realizó su propia evolución;

sin embargo, no podemos dejar de mencionar el impacto que tuvo el Sistema Europeo y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el diseño institucional y el sistema normativo interamericano.

El impacto institucional y normativo se reflejó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde sus inicios. En sus primeras opiniones consultivas y casos contenciosos el Tribunal de San José, en su tarea de interpretar la Convención Americana, utilizaba frecuentemente los precedentes de la Corte Europea. La similitud en la formulación de los derechos y libertades en las Convenciones Europea y Americana, en el desarrollo de criterios de admisibilidad y en principios de interpretación, así como la creciente afinidad de los temas que se plantean en Estrasburgo y San José, han internalizado en nuestro trabajo el diálogo con la jurisprudencia europea hasta el día de hoy. Actualmente, no hay decisión que adopte la Corte Interamericana sin que previamente se estudien los precedentes de Estrasburgo en la materia.

Nuestra vocación por el diálogo jurisprudencial se incrementó, en nuestro beneficio, con el desarrollo del Sistema Africano de Derechos Humanos, por medio de la utilización de sus normas y precedentes en diversos temas. Con la instalación definitiva y puesta en funcionamiento de la Corte Africana, comenzamos a estudiar, a valorar su jurisprudencia y a beneficiarnos de los razonamientos de los colegas de Arusha en nuestras decisiones. Aun cuando en este caso la interacción es más reciente, tenemos las más altas expectativas de potenciar el diálogo jurisprudencial con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

De este modo, la difusión y utilización de los desarrollos jurisprudenciales y estándares africanos y europeos nos han permitido ir creando un camino común y un piso mínimo en la protección de los derechos humanos para todas las personas, independientemente del lugar donde se encuentren.

Sin embargo, este momento histórico, en el que conmemoramos hitos fundantes en la historia de los derechos humanos –como los aniversarios de las Declaraciones Americana y Universal y de la Convención Americana–, en el cual contamos con desarrollos normativos e institucionales impensables –como la propia existencia

de nuestras tres Cortes—, está acompañado por retrocesos significativos para los derechos humanos y para las instituciones que resguardan su protección: amenazas globales, incumplimiento y oposición al derecho internacional de los derechos humanos por algunos Estados, discriminación y violencia frente a las diversidades humanas por parte de importantes sectores sociales.

Frente a este contexto, creemos que es oportuno y más aún, imperioso, fortalecer el diálogo institucional y jurisprudencial, incrementar nuestra cooperación y los vínculos institucionales para mejorar la protección de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de nuestros Tribunales.

Por ello propusimos, en primer lugar, celebrar esta reunión de las tres Cortes regionales y, en segundo lugar, plasmar en una declaración nuestra voluntad de que estos encuentros de trabajo se formalicen y repitan regularmente en Arusha, Estrasburgo y San José.

Vemos con optimismo que la primera de esas propuestas se ha concretado y estamos celebrando hoy este primer Diálogo de Cortes Regionales de Derechos Humanos el cual tiene, fundamentalmente, tres objetivos: a) compartir nuestros principales avances normativos, institucionales y jurisprudenciales; b) debatir sobre los desafíos y retos más importantes, y c) definir líneas de acción conjunta frente a ellos, fortaleciendo las acciones de cooperación y diálogo.

Para alcanzar esos objetivos, propusimos dividir este día de trabajo en tres sesiones: a) la primera denominada *De la interpretación de normas al cambio social*. b) la segunda titulada *Autoridad y legitimidad de las Cortes regionales. Impacto, resistencias, dificultades y desafíos*, y c) la tercera, *Fortalecimiento de la cooperación entre los tres Tribunales Regionales de Derechos Humanos*.

Como se ha informado, cada sesión iniciará con una breve introducción de las y los moderadores; luego una persona experta hará una presentación inicial de quince minutos, seguida por los comentarios de diez minutos de una jueza o juez por cada Corte, para pasar así a un diálogo abierto entre todos los participantes. Al finalizar cada sesión, la persona moderadora presentará sucintamente las conclusiones principales del diálogo.

Con relación al trabajo futuro, les hemos propuesto a los jueces Sylvain Oré y Guido Raimondi, en su carácter de presidentes de

sus respectivas Cortes, suscribir un documento que denominamos *Declaración de San José*. La Declaración formaliza esta voluntad de profundizar nuestras relaciones, el trabajo conjunto y el intercambio de conocimientos. La *Declaración de San José* propone establecer un Foro Permanente de Diálogo Institucional entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Foro tiene como propósito fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo la jurisdicción de los tres Tribunales; contribuir con los esfuerzos estatales al fortalecimiento de sus instituciones democráticas y mecanismos de protección de derechos humanos, y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos. Este Foro se reuniría en sesiones privadas y públicas de manera rotativa en la sede de cada Tribunal, anual o bienalmente, dependiendo de las necesidades y posibilidades de las Cortes. El Foro daría sostenibilidad a este esfuerzo que iniciamos hoy y continuaría con el diálogo sobre los temas que nos unen: a) los principales desarrollos que hemos logrado; b) el impacto, las dificultades y desafíos que encontramos, y c) el fortalecimiento de nuestro trabajo en común.

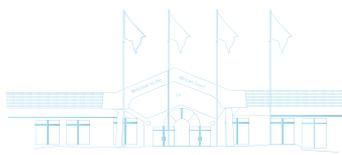
Esperamos que con estas dos iniciativas, en el marco del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se profundice el acercamiento de nuestras tres Cortes y que sus frutos sean la base para mejorar la protección y la efectiva vigencia de los derechos humanos de todas las personas en nuestros continentes.

De nuevo, les agradecemos haber venido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y les damos la más cordial bienvenida.



Sylvain Oré

*Presidente de la Corte Africana de Derechos Humanos
y de los Pueblos*



Diálogo entre
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Al dirigirme a una audiencia tan prestigiosa, reunida aquí con ocasión de lo que podría calificar como uno de los acontecimientos recientes más importantes de la justicia internacional de los derechos humanos, tengo la tentación de hacer un postulado atrevido. Planteo que, en nuestra era, donde la justicia relacionada con los derechos humanos rompió el mito de las fronteras geográficas y de los sistemas jurídicos, el diálogo judicial no es únicamente una elección sino una obligación. Para acompañar este imperativo, quisiera situar mis palabras dentro de una doble perspectiva: el diálogo judicial jurisprudencial y el diálogo judicial institucional.

Calificado con exactitud por la doctrina como "comercio de las decisiones judiciales", que puede considerarse como liberal o introvertido, el diálogo judicial jurisprudencial convierte al juez en un agente que importa o exporta soluciones a litigios similares, para administrar una justicia cada vez más globalizada.

En lo que se refiere a la justicia regional de los derechos humanos, tal diálogo se ha convertido casi en una tradición. Podemos notar con pertinencia que las grandes decisiones de la jurisprudencia sobre derechos humanos en África, la Corte Africana, la Comisión Africana, la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, la Corte de Justicia de África Oriental y el Tribunal de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, SADC por sus siglas en inglés, han hecho referencia de manera constructiva a las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Podemos referirnos, entre otras, a las decisiones tomadas por la Comisión Africana en el caso *SERAP vs. Nigeria*, sobre la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos; a la Corte Africana que retomó el enfoque despenalizador de los delitos de prensa en la sentencia *Konaté vs. Burkina Faso*; o también, a la Corte de Justicia de África Oriental, la cual, en el caso *Unión de periodistas burundeses vs. Burundi*, importó de Estrasburgo la función de democratización inherente a la libertad de expresión. Tales transacciones jurisprudenciales no son exclusivamente trasatlánticas, puesto que podemos observar

la referencia expresa de la Corte de Justicia de África Oriental y del Tribunal de la SADC a las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, principalmente en el caso *Katabazi vs. Uganda* relativa al principio del estado de derecho, en primer lugar, y en segundo, en la famosa sentencia *Campbell vs. Zimbabwe*.

Señoras y señores presidentes, honorables colegas, al constatar ese liberalismo observado por las jurisdicciones regionales africanas hacia sus colegas de otros continentes, nos sentimos obligados a señalar que el diálogo es imperfecto, puesto que no se ha dado una tendencia en sentido opuesto. Ante temas cada vez más globalizantes relacionados con los derechos y libertades fundamentales, que constituyen el común denominador del contencioso que nos es presentado, resulta imperativo pasar del diálogo judicial jurisprudencial al diálogo judicial institucional.

Esta segunda fase del postulado que enunciaba al inicio de mis palabras, nos ordena, en tanto jueces regionales de derechos humanos, no permitir que el diálogo jurisprudencial se forme por sí solo, sino que fomentemos el marco institucional indispensable para su iniciativa, para su florecimiento y para su consolidación. Como lo indicaba anteriormente, se trata de una obligación estructural, puesto que los desafíos contemporáneos relativos a los derechos humanos van más allá de las fronteras de nuestros continentes, ya se trate de derechos de los migrantes, del cuestionamiento de la seguridad por parte del terrorismo, de los derechos socioeconómicos amenazados por el liberalismo comercial y financiero, o incluso de la libertad de expresión y de la participación política de cara a la disminución, a escala global, del espacio civil y cívico.

Señor presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, distinguido anfitrión, lo felicito en mi nombre y en el de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por la brillante iniciativa de llevar a cabo esta reunión intercontinental. Al realizarla en el contexto de la celebración de los 40 años de existencia de su jurisdicción, unánimemente celebrada como el ícono de la reparación de violaciones de derechos humanos en las Américas y en el mundo, han trazado ustedes un surco, han materializado un símbolo y han iniciado una construcción. Creo que la *Declaración de San José*

propuesta por ustedes como una alianza tricontinental, constituye la expresión más sabia de lo anterior.

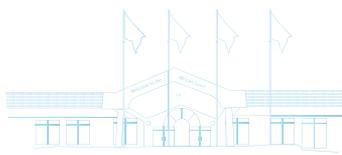
Quisiera terminar expresando mi deseo de que la *Declaración de San José* constituya la base y el punto de partida de un diálogo institucional hacia un diálogo jurisprudencial absoluto y perfecto; que esta Declaración constituya el fermento de una interacción entre las jurisdicciones, entre los jueces, entre las tradiciones jurídicas, entre los razonamientos jurisprudenciales, pero todo ello con un único fin: la protección eficaz de los derechos humanos en África, en Europa y en las Américas.

Señor presidente, muchas gracias por esta bella invitación, gracias por esta bella iniciativa. Distinguidos colegas e invitados, les agradezco su amable atención.



Guido Raimondi

Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos



Diálogo entre
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Es un gran honor para mí, así como para mis compañeros magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, celebrar con ustedes el 40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del establecimiento de su Corte. Me acompañan aquí en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jueza Ganna Yudivska, presidenta de Sección, el juez Branko Lubarda, así como el señor Abel Campos, secretario de Sección.

Este año en Estrasburgo también celebramos un aniversario. Se trata del 20 aniversario del establecimiento del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un órgano independiente permanente, luego de la entrada en vigor del Protocolo No. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos en 1998. Este fue un desarrollo muy significativo para el sistema europeo de protección de los derechos humanos. El sistema original, establecido en 1950, conformado por la Comisión y el antiguo Tribunal, el cual duró casi 50 años, era muy parecido al actual Sistema Interamericano.

Aunque los sistemas tienen algunas diferencias en términos de estructura y de procedimientos, recientemente ambas Cortes Regionales de Derechos Humanos han intensificado sus relaciones y el diálogo. Se ha aumentado el contacto directo por medio de visitas institucionales y de trabajo por parte de los respectivos presidentes y magistrados. Luego de la visita a su Corte en el 2012 por uno de mis predecesores, el Sr. Nicolás Bratza, y los dos vicepresidentes en ese momento, ambas Cortes acordaron implementar una serie de pasos prácticos para intensificar el diálogo y facilitar un intercambio más continuo. Se implementó un programa de intercambio de personal entre nuestras Secretarías, el cual ha sido sumamente exitoso, ya que les permite a los abogados de cada Secretaría familiarizarse con los métodos de trabajo y la jurisprudencia de cada Corte.

En el 2014 tuvimos el placer de recibir en Estrasburgo una visita de su Corte completa durante una semana, con el objetivo de intercambiar puntos de vista sobre temas de jurisprudencia sustantiva y procesal con nuestros jueces. También publicamos la primera

compilación anual de casos de ambas Cortes en un libro titulado *Diálogos Transatlánticos* y ahora difundimos su jurisprudencia en nuestras notas informativas sobre jurisprudencia y por medio de nuestro sitio web.

El fortalecimiento del contacto directo y de la cooperación internacional ha resultado en un mejor entendimiento, que contribuye a mejorar el diálogo judicial y a incrementar las referencias cruzadas a la jurisprudencia de las Cortes.

Por ejemplo, la Corte Europea se ha inspirado en la Corte Interamericana a través de los años en temas tales como la pena de muerte,¹ las desapariciones forzadas,² tortura,³ el carácter obligatorio de las medidas provisionales,⁴ y más recientemente, las amnistías de graves violaciones de derechos humanos,⁵ las garantías de debido proceso en casos de remoción de jueces,⁶ y el derecho de acceso a la información.⁷ Por su parte, la Corte Interamericana ha incluido sistemáticamente referencias a nuestra jurisprudencia en sus decisiones. Este diálogo judicial es natural dada la similitud de la mayoría de los derechos y de las libertades protegidos por ambas Convenciones, pero también se produce gracias a un enfoque común y a métodos de interpretación similares.

Adicionalmente, los tipos de casos y temas que deben resolver ambas Cortes se han vuelto cada vez más parecidos. Para nombrar un par: los casos sobre graves violaciones de derechos humanos en áreas

1 TEDH, *Öcalan vs. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 166, 12 de mayo de 2005.

2 TEDH; *Varnava and Others vs. Turkey* [GC], 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90), § 147, 18 de septiembre de 2009.

3 TEDH, *Gäfgen vs. Germany* [GC], no. 22978/05, § 108, 1 de junio de 2010.

4 TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turkey*, nos. 46827/99 and 46951/99, §§ 112-113 y 124, 4 de febrero de 2005.

5 TEDH, *Marguš vs. Croatia* [GC], no. 4455/10, §§ 131 y 138, 27 de mayo de 2014.

6 TEDH, *Baka vs. Hungary* [GC], no. 20261/12, §§ 114, 121 y 172, 23 de junio de 2016.

7 TEDH; *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungary* [GC], no. 18030/11, § 146, 8 de noviembre de 2016.

de conflicto y de guerra, y los casos sobre ataques a la independencia del sistema judicial. Esta creciente semejanza le ha dado una nueva relevancia a nuestro diálogo judicial.

Sin embargo hay una razón más profunda para el diálogo: el principio de la universalidad de los derechos humanos que subyace al derecho internacional de los derechos humanos, el cual debe guiarnos en nuestros esfuerzos por evitar en la medida de lo posible, la fragmentación al interpretar nuestros derechos clave.

Aún hay muchas áreas en las que podemos fortalecer el diálogo. Por ejemplo, tenemos la valiosa experiencia de la Corte Interamericana en opiniones consultivas, que puede ser de gran interés para el Tribunal Europeo en vista de la entrada en vigor del Protocolo No. 16 de la Convención, el 1 de agosto de este año. Este Protocolo ampliará considerablemente nuestra jurisdicción consultiva para los Estados que lo han ratificado. Cabe mencionar también su amplia jurisprudencia sobre reparaciones y ejecución de sentencias. Podríamos inspirarnos en ella para dictar medidas generales e individuales en la ejecución de nuestras propias sentencias, bajo el Artículo 46 de la Convención.

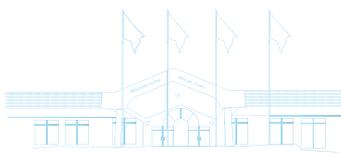
Finalmente, me gustaría felicitar a la Corte Interamericana por su 40 aniversario, personalmente y también de parte de los 47 magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ustedes han contribuido enormemente al cumplimiento de los derechos humanos y a la consolidación de las instituciones democráticas en las Américas durante todos estos años, a la vez que han enfrentado desafíos y amenazas importantes. Su jurisprudencia se ha convertido en un referente normativo para las cortes nacionales y las autoridades en su continente, así como una fuente sumamente respetada de inspiración para otros sistemas regionales tales como nuestro Tribunal y la Corte Africana.

Espero sinceramente que esta celebración conjunta y los intercambios futuros, nos ayudarán a fortalecer aún más la excelente relación y el diálogo entre nuestras Cortes.



André Scholz

*Embajador Interino de la República Federal
de Alemania en Costa Rica*



Diálogo entre
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

En primer lugar, deseo transmitir mis felicitaciones a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a sus jueces y sus colaboradores en nombre del Gobierno de la República Federal de Alemania con motivo del cuadragésimo aniversario de su existencia y como reconocimiento por el trabajo realizado hasta la fecha para el fortalecimiento de los derechos humanos. Es un honor extraordinario para mí darles una cálida bienvenida a este taller de diálogo internacional entre las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos mediante el cual se busca crear un foro permanente entre ellas.

Me complace mucho ver reunidos en esta sala a los honorables presidentes de las tres Cortes y sus secretarios y abogados. Asimismo, me gustaría saludar y expresar nuestro agradecimiento a los ponentes en este diálogo que han aceptado compartir con nosotros su experiencia y conocimiento y quienes animarán los debates que se llevarán a cabo durante este día histórico.

Señoras y señores, estamos viviendo tiempos emocionantes que culminan en una pregunta central: ¿Es suficiente nuestra fuerza y determinación para encontrar respuestas comunes a los desafíos actuales y en particular a la amenaza del orden mundial multilateral? No cabe duda alguna de que en la actualidad el mundo está inmerso en un momento muy tenso y difícil de la historia. La generación que vivió los horrores de la Segunda Guerra Mundial y que en la estela del conflicto forjó un marco jurídico institucional para preservar la paz, va desapareciendo. Ahora vemos políticas y actitudes que nos retrotraen a una etapa anterior; parece que la ley del más fuerte está regresando y la fuerza de la ley disminuyendo. El derecho internacional se ve relativizado, incluso se ve negado por completo; además los conflictos, la discriminación, la pobreza, la desigualdad y el terrorismo son desastres creados por el hombre que se refuerzan mutuamente y que devastan en la actualidad a demasiadas comunidades y personas.

En este contexto negativo se nota un aumento de la represión de los derechos humanos, lo cual, evidentemente, no es la solución a estos conflictos sino una causa más que los provoca. Tomamos nota de estos anti desarrollos, pero no debemos dejar que nos confundan en

nuestras convicciones. La labor de destejer la madeja de conflictos y de organizar en su lugar el proceso que conduce a la dignidad humana, a la seguridad y a la paz, es la preocupación urgente de Alemania, la cual se manifiesta en su fuerte aceptación de la Agenda 2030.

Sabemos que sin paz, estabilidad, derechos humanos y gobernabilidad efectiva, basada en el estado de derecho, no es posible alcanzar el desarrollo sostenible.

Por lo tanto, Alemania está brindando apoyo tanto a la Unión Africana a través del proyecto *Support of the African Governance Architecture*, como también a la Organización de los Estados Americanos con el proyecto *Derecho internacional regional y Acceso a la justicia en América Latina*. A ellos se suman los aportes que Alemania está dando dentro de Europa; gracias a todo ello ha sido posible reunirnos hoy en el salón de Audiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se escucha a las víctimas de violaciones de sus derechos humanos y donde se busca restablecer su dignidad humana. En este lugar, ahora, ustedes tienen la tarea nada fácil de enfrentar los retos futuros que desafían a los derechos humanos y por ende también a las instituciones creadas para vigilarlas.

En este sentido, les deseo una fructífera y exitosa discusión para enfrentar los desafíos del futuro de los derechos humanos y para robustecer la institucionalidad de cada Corte, también para profundizar su cooperación con las demás. Alemania una vez más asumirá una importante responsabilidad como miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU; será un socio confiable y activo para todos aquellos que se comprometan a fortalecer la jurisdicción internacional incluyendo el campo de los derechos humanos.



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al
cambio social.

Los tratados de derechos humanos
como instrumentos vivos a la luz
de la realidad.

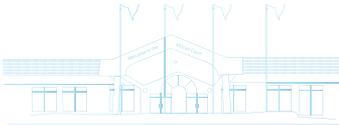




Armin von Bogdandy

Director del Instituto Max Planck, Heidelberg

El mandato del Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos.



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al cambio social.
Los tratados de derechos humanos como
instrumentos vivos a la luz de la realidad.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Nos reunimos para celebrar el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En alemán, una manera de felicitar a alguien en su cumpleaños es decirle “qué bueno que naciste, si no, nos habrías hecho mucha falta”. Es un poco absurdo, por supuesto, pero el sentimiento lo podemos extender a la Convención Americana. ¿Por qué? Porque la Convención, gracias al trabajo de muchas personas e instituciones, se convirtió en algo realmente importante: una piedra angular en el constitucionalismo transformador de América Latina.

¿Cómo ha sido esto posible? ¿Es conforme a la ley? Estas preguntas nos llevan al tema sobre el cual me han pedido hablar: “De la interpretación de normas al cambio social. Los tratados de derechos humanos como ‘instrumentos vivos’ a la luz de la realidad social”.

El constitucionalismo transformador conlleva interpretar las normas de manera que estas tengan un efecto sobre la realidad y generen un cambio social. Específicamente en América Latina este constitucionalismo busca incorporar los derechos humanos en los procesos sociales que provocan los problemas estructurales¹. La magnitud de estos problemas es considerable; de especial importancia están la violencia, la exclusión social y la debilidad institucional, por ejemplo, la falta de independencia judicial. De hecho, puede que la Convención Americana sea el instrumento internacional más importante en el mundo para avanzar en este tipo de cambio social.

Por supuesto que las cortes no pueden, y no deben, generar este cambio por sí solas. Las transformaciones de tal dimensión requieren un fuerte compromiso de múltiples actores dentro de una sociedad y

1 Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: Enfoque Regional al Constitucionalismo Transformador*”, en Armin von Bogdandy; Eduardo Ferrer MacGregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan, Ximena Soley (eds.), *Constitucionalismo Transformador en América Latina. El surgimiento de un nuevo Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 5, 7.

mucha voluntad política?. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana en su doctrina de control de convencionalidad, todas las instituciones –y no solo el poder judicial– son responsables de la protección de los derechos humanos. Esto no disminuye la importancia de la contribución del poder judicial a estos objetivos. Se puede observar en muchos países: en la sanción del terrorismo de estado en Perú, la inclusión de pueblos indígenas en el proceso político en Ecuador, la protección de personas homosexuales en Chile³, o un ejemplo donde fue impulsado principalmente por el país, el desarrollo de un verdadero sistema de salud pública en Colombia⁴.

¿Cómo funciona un constitucionalismo transformador impulsado por la Corte? Esto se puede explicar por medio de los otros temas sobre los cuales me han pedido hablar, principalmente: si las cortes de derechos humanos deben participar en la creación de un derecho común para una región; si deben impulsar el cambio social, y cómo encaja esto con un posible margen de apreciación.

Voy a desarrollar mi argumento en tres pasos. Primero voy a explicar cómo recibió el Sistema Interamericano, mediante un desarrollo constitucional a nivel continental, el mandato para apoyar el constitucionalismo transformador. Segundo, voy a presentar qué significa ese mandato y cuáles son las protecciones contra un

2 Alexandra Huneecus, “*Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights*” (2011) 44(3) Cornell International Law Journal; Ariel E. Dulitzky, “*El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?*”, en Julio César Rivera (ed.) *Tratado de los Derechos Constitucionales* (Abeledo Perrot 2014) 533; Soley, “*The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*” en von Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 338, 344.

3 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (14 de marzo de 2001) Serie C No. 75, Fondo; Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (3 de septiembre de 2001) Serie C No. 83, Interpretación de la Sentencia de Fondo; Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006) Serie C No. 162, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (27 de junio de 2012) Serie C No. 245, Fondo y Reparaciones; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (24 de febrero 2012) Serie C No. 239, Fondo, Reparaciones y Costas.

4 Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Segunda de Revisión, 31 de julio de 2008, Sentencia T-760/08.

“activismo judicial descontrolado”. Tercero, voy a establecer criterios de medición para evaluar la interpretación evolutiva de los derechos humanos.

El mandato

Hoy en día la Convención Americana le brinda a las instituciones del Sistema Interamericano un mandato para participar en el constitucionalismo transformador en las Américas⁵. Este mandato es la base legal para una jurisprudencia de derechos humanos que enfrenta los problemas estructurales de la región, principalmente la debilidad institucional, la exclusión social y la violencia. Esta jurisprudencia alimenta el derecho común de derechos humanos en la región, un tipo de *Ius Constitutionale Commune* en América Latina.

¿Cómo es esto legalmente posible? En la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay poco texto para apoyar este mandato. De hecho, en 1969, 1978 o 1979 prácticamente nadie se imaginaba que la Convención podría brindar la base para un constitucionalismo transformador. Basta recordar el punto de vista de los gobiernos en ese momento⁶. Sin embargo, hoy en día podemos asumir con seguridad que la Convención le confía este mandato al Sistema Interamericano y a su Corte.

¿Cómo sucedió? En los años 60 y 70 la mayoría de los países latinoamericanos tenían regímenes autoritarios o represivos. Fue a partir de 1980 cuando los países de la región iniciaron una lenta transición hacia la democracia. Cuando lo hicieron, tuvieron ideas

5 El debate contemporáneo comenzó con Karl Klare, “*Legal Culture and Transformative Constitutionalism*” (1998) 14 *South African Journal on Human Rights*, 146; véase también Michaela Hailbronner, “*Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*” (2017) 65 *American Journal of Comparative Law*, 527.

6 Sobre el potencial de la Convención no imaginado previamente, así como la evolución inesperada que llevó a resultados innovadores, véase Tom J. Farer, “*The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*” (1997) 19 *Human Rights Quarterly*, 514; también Sabrina Ragone, “*The Inter-American System of Human Rights: Essential Features*”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 281.

claras sobre qué hacer. La más importante de ellas es la que se ve reflejada por la máxima «Nunca más». Sin embargo, los países también buscaron un consenso social más amplio.

Con ese fin dieron varios pasos. La mayoría de las constituciones adoptaron amplios catálogos de derechos, muchas veces progresistas, y se abrieron a los derechos humanos internacionales. Muchos también atribuyeron a los tratados sobre derechos y a las decisiones de la Corte IDH un lugar especial en su ordenamiento jurídico interno⁷. Por lo tanto, las constituciones domésticas superaron el entendimiento —a menudo sumamente rígido— de la soberanía y establecieron un sistema de derechos humanos de dos niveles, el cual se ha consolidado.

En este contexto, la Corte Interamericana, inspirada por la Comisión, por las ONG y de mayor importancia aún, por fuerzas domésticas de pensamiento similar, comenzó a interpretar las disposiciones de la Convención de una manera evolutiva específica, que resultó en un constitucionalismo transformador característicamente latinoamericano.

El constitucionalismo transformador, a saber, cuando el derecho constitucional se entiende como un instrumento para cambios significativos, se puede encontrar en muchos países. La Constitución mexicana de 1917 o la Constitución italiana de 1947 son buenos ejemplos; el problema fue que las cortes no siguieron el programa transformador establecido en el texto. En cambio, las Cortes de Sudáfrica y de la India, en su cúspide, sí tomaron seriamente sus constituciones transformadoras y su mandato, desarrollando una jurisprudencia distintiva que enfrenta los problemas estructurales.

La constitucionalidad transformadora es un fenómeno global; sin embargo, hay dos características latinoamericanas que debemos resaltar. Primero, su constitucionalismo transformador no se apoya únicamente en una constitución doméstica, sino también en un régimen internacional que cuenta con dos instituciones operativas: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana⁸. Segundo, este

7 Mariela Morales Antoniazzi, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune* (UNAM, 2014).

8 Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en César Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina. Un*

sistema de dos niveles se complementa con un diálogo horizontal entre las instituciones domésticas que comparten esta perspectiva, especialmente los jueces nacionales a quienes se les ha confiado la resolución de temas constitucionales. Por medio de este discurso regional, las instituciones domésticas de varios países involucrados en el constitucionalismo transformador se apoyan unas a otras y fortalecen este fenómeno. El nivel internacional es clave para la consolidación horizontal, ya que las decisiones de la Corte Interamericana brindan la mayor parte de la materia que alimenta el discurso regional. Los jueces nacionales se pueden conectar más profundamente cuando discuten cómo responder a un sistema regional común, sobre casos que les conciernen a todos. Este círculo alimenta la legitimidad de la Corte Interamericana, cuya base no son pilares, sino una densa red de raíces capilares que crecen en lo profundo del tejido social de cada Estado de la región.

Con su audaz paso de crear una doctrina de control de convencionalidad, la Corte energizó esta evolución⁹. El término *derecho común* es un concepto adecuado para lo que se está desarrollando, ya que el control de convencionalidad implica que la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH deben informar, e inclusive guiar, las decisiones de cada juez en la región. Por lo tanto, cada juez nacional se convierte en un juez interamericano. Esto amplifica dramáticamente el alcance de la Convención. Para entender la importancia social y política de esta doctrina en su totalidad, debemos recordar la prominencia política de muchos casos; por ejemplo, las graves violaciones de derechos humanos cometidas por actores que con frecuencia aún están vivos e inclusive algunas veces siguen en el poder.

mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (Siglo XXI Editores 2011) 109, 114.

9 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006) Serie C No. 154, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, “*El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*”, Héctor Fix-Zamudio y Diego Valades (eds.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano* (El Colegio Nacional-UNAM 2010) 151-188; Miriam Henríquez y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (DER Ediciones, 2017).

Parecería fácil pintar la interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como “activismo judicial”, que sobrepasa su mandato, o que es *ultra vires* y por lo tanto ilegal. Sin embargo, pocas instituciones domésticas han llegado a esa conclusión. Muchos aceptan este desarrollo como legal y legítimo. ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no fue unilateral, ni un proceso impuesto desde arriba por una Corte en busca de hegemonía. Al contrario, fue un proceso común de múltiples actores.

En primer lugar, la mayoría de las constituciones le atribuyen a la Convención y a sus instituciones un rol clave en su sistema legal doméstico. Estas son acogidas en las bases constitucionales de los Estados parte de la Convención; doctrinalmente esto se llama el bloque de constitucionalidad, formado por la constitución doméstica y la Convención¹⁰. Por lo tanto, en términos de teoría constitucional y doctrina, este desarrollo del mando se puede explicar como una instancia de cambio constitucional. La doctrina de cambio constitucional muestra cómo los profundos cambios morales y políticos en las sociedades pueden tener un impacto sobre la definición de la ley sin que haya tenido que haber un cambio formal (Georg Jellinek, Bruce Ackerman)¹¹. Este es el caso especialmente con las disposiciones de texto abierto, tales como los derechos humanos.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte responde a las expectativas y a las interpretaciones de numerosos actores¹². De hecho, la interpretación evolutiva de la Corte es alimentada e informada por muchos desarrollos que ocurren en la región. Las organizaciones de la sociedad civil juegan un rol vital. A la vez, la posibilidad de litigar ante la Corte ayuda al desarrollo de las organizaciones de la sociedad

10 Manuel Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication* (IIDH 2011).

11 Para más detalles ver Carlos Bernal, “Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica” en Richard Albert y Carlos Bernal (eds.), *Cambio constitucional informal*, (Editorial Universidad Externado 2016) 9.

12 Soley, “*The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*” en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 352-355.

civil. Estas son esenciales no solamente para el fortalecimiento de los derechos humanos sino también para la democracia en la región.

En tercer lugar, las instituciones domésticas han reconocido este desarrollo del mandato. Las cortes nacionales han aceptado y respaldado esta interpretación, entendiendo su valor en el cumplimiento de sus mandatos constitucionales domésticos. Lo podemos ver en la recepción de la jurisprudencia interamericana en muchas decisiones domésticas. Los jueces nacionales inclusive hablan de un “derecho común” y se refieren a sí mismos explícitamente como “jueces interamericanos”. La parte política también ha tenido una respuesta positiva. Como en el caso de Uruguay, que en el 2018 nominó como juez a la Corte Interamericana, a un magistrado de la Corte Suprema quien requirió la implementación de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay*. Esta es una significativa señal de respaldo, considerando la fuerte crítica de la cual ha sido objeto la Corte Interamericana por dicha sentencia¹³.

Y en cuarto lugar, muchos actores domésticos le encomiendan a la Corte resolver bloqueos institucionales domésticos; es decir, que esta desencadene una acción donde la inercia burocrática y la resistencia al cambio se interpongan a la necesaria evolución¹⁴.

Por supuesto, no todos están de acuerdo con que la Corte asuma este mandato poderoso y transformador. Sin embargo, las fuerzas que interpretan la Convención de esta manera tienen suficientes argumentos para apoyar su legalidad y lo que reviste igual importancia, han reunido suficiente apoyo para seguir en este camino.

13 Roberto Gargarella, “*Sin lugar para la soberanía popular: Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*”, Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy (Yale University 2013) https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (último acceso 26 de agosto de 2018); Pietro Sferrazza Taibi, “*¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un caso práctico para una reflexión teórica*” en Sonia Alda Mejías y Silvia Ángel Santano (eds.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad* (IUGM- UNED 2013) 93-124.

14 Oscar Parra Vera, “*The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment*”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 376.

Lineamientos y límites

El mandato para avanzar el constitucionalismo transformador en América Latina por medio de un derecho común de derechos humanos es un mandato abierto, pero no indefinido. Los jueces no pueden simplemente hacer lo que les parezca mejor. Son guiados y están limitados por la presentación de los casos, los métodos legales, la colegialidad, los procedimientos, los precedentes y la necesidad de construir y proteger la autoridad de la Corte.

El mandato encuentra retos en la realidad social. Interpretar la Convención a la luz de la realidad social en América Latina significa enfrentar principalmente la debilidad institucional, la exclusión social y la violencia¹⁵. Existe un amplio consenso en América Latina de que estos son los retos que los Estados deben enfrentar. También está claro que esta constitucionalidad transformadora debe ser impulsada mediante medidas estructurales, para enfrentar las deficiencias estructurales¹⁶. Por lo tanto, el mandato de la Corte llega mucho más allá de decidir si en el caso bajo consideración se ha violado la Convención¹⁷. Esto explica las creativas y amplias sentencias sobre reparaciones de la Corte, las cuales se han convertido en una área clave de la práctica de constitucionalismo transformador¹⁸.

Aunque este es un campo amplio en el cual la Corte aún tiene mucho criterio, hay muchas normas y protecciones contra el

15 Flávia Piovesan, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 50-51.

16 Alexandra Huneus, “*Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts*” (2015) 40 *Yale Journal of International Law*, 1; Víctor Abramovich, “*From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System*” (2009) 6 *Sur-International Journal on Human Rights*, 7.

17 Soley, “*The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 337.

18 Mariela Morales Antoniazzi y Pablo Saavedra, “*Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact*”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, nota 8, 267-275.

“activismo judicial descontrolado”¹⁹. En este campo los abogados hacen referencia a los ‘protocolos’ de razonamiento legal, de los cuales forman parte los métodos de interpretación legal. De hecho, cualquier decisión judicial debe estar relacionada *lege artis* a la fuente básica de autoridad de una corte, en este caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, no se debe sobreestimar esta norma. La investigación demuestra que estos protocolos, incluyendo los métodos de interpretación, casi nunca determinan el resultado de una decisión, especialmente las decisiones de las cortes supremas, constitucionales o internacionales. Lo que hacen estos protocolos es brindar un marco para la decisión y las normas para criticarla. La doctrina de margen de apreciación es una de esas normas: puede ser una herramienta útil de argumento mediante la cual una corte justifica sus decisiones. Sin embargo, tampoco es un remedio mágico para determinar el resultado o para fijar el límite de *ultra vires*.

Estos protocolos son solo una norma y protección, entre muchas otras. También está el proceso de selección de los jueces interamericanos. Cada juez es seleccionado y elegido con una idea de qué es la Convención y cómo debe desarrollarse. Una de las protecciones más importantes es el principio de colegialidad. Para una corte de derechos humanos, cualquier decisión se basa en el criterio de varios jueces. El Hércules de Dworkin nos da una idea equivocada de lo que sucede en Arusha, San José o Estrasburgo. Las disputas entre jueces forman parte de los sistemas y brindan una característica clave, que es enmarcar y limitar una decisión.

Otros lineamientos y restricciones se derivan del proceso y desarrollo del caso: los actores con su litigio, el contexto específico y el camino que toma el caso, así como las posibles implicaciones de distintas decisiones. Luego está la identidad del sistema, creada por el camino que ha recorrido, y reflejada en la jurisprudencia y en el legado de las dificultades que ha enfrentado. Por último está la

19 Sobre el tema véase Christoph Schönberger, “*Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*” (2012) 71 VVDStRL, 296; Armin von Bogdandy y Ingo Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication* (Oxford University Press, 2014) 156.

anticipación de su posible recepción, especialmente por las cortes nacionales, los actores políticos, la opinión pública, la sociedad civil y el ámbito académico.

La autoridad de las cortes, su activo más importante, nunca es fija; más bien depende de una interacción continua con una amplia gama de interesados. Esto es particularmente cierto para las cortes internacionales. Por todos estos motivos, las cortes internacionales de derechos humanos son instituciones bastante restringidas.

Cómo evaluar la interpretación evolutiva

Tal vez el estándar más común del éxito de las cortes internacionales es el cumplimiento. Al hablar de cambio social específicamente, pareciera evidente que el enfoque debería ser si los Estados cumplen con la sentencia. Sabemos que la Corte IDH no tiene un buen desempeño en términos de este estándar²⁰.

No obstante, debemos ver más allá del cumplimiento. El cumplimiento no debe ser el criterio decisivo para evaluar la operación de la corte internacional, particularmente una corte de derechos

20 Para un análisis más directo sobre cumplimiento, véase Fernando Basch *et al.*, “*The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions*” (2010) 7 Sur-International Journal of Human Rights, 9; Damián A. González-Salzburg, “*La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación*” (2011) 8 (15) Sur -Revista Internacional de Derechos Humanos 117; para una visión más minuciosa sobre el cumplimiento véase James L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, “*Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*” (2008) 102 American Journal of International Law, 768; sobre la Comisión véase Ariel Dulitzky, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: Modelos para Desarmar* (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017) 299-304; sobre resoluciones contra Colombia, véase Sergio Iván Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez y René Urueña, *Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*”, (Uniandes, Documentos Justicia Global 11, 2015) 447ff.

humanos que enfrenta los problemas estructurales²¹. Este es el caso cuando su mandato es contribuir al constitucionalismo transformador. Siguiendo este mandato, la Corte Interamericana ordena reparaciones que con frecuencia son muy difíciles de cumplir, tales como el enjuiciamiento de personas que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte busca cumplimiento al cien por ciento, tendría que darse por vencida en su mandato. Esto no tiene sentido. En la constitucionalidad transformadora, el cumplimiento debería ceder el paso al interés más amplio de impacto, el cual también toma en cuenta el proceso –y no solo el resultado– del cumplimiento y los múltiples actores involucrados en ese proceso.

Si nos enfocamos en el impacto, muchos temas pasan a primer plano²². Voy a concluir con el que me impresionó más como abogado. Hace cuarenta años los derechos humanos eran un estándar normativo que pocos actores en América Latina tomaban en serio. Gracias al trabajo del Sistema Interamericano, la Corte, la Comisión, así como las instituciones y las personas que constituyen su sistema social, en las últimas cuatro décadas los derechos humanos han tomado más vigencia en muchos temas importantes. Hoy en día, los discursos políticos y los desafíos en la región con frecuencia son enmarcados y desarrollados en un nuevo lenguaje, el lenguaje de los derechos humanos. Como abogados, sabemos que la forma, el lenguaje y las palabras importan mucho.

¿Es América Latina un mejor lugar gracias a esto? La situación es precaria para muchas personas. Sin embargo, podemos deducir con certeza que América Latina estaría mucho peor sin la interpretación evolutiva de la Convención, una interpretación que alimenta un derecho común de derechos humanos en la región.

21 Cavallaro y Brewer, 768; Soley, “*The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*”, en von Bogdandy *et al.* (eds.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*, 347-348; Robert L Howse y Ruti Teitel, “*Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters*” (2010) 1 *Global Policy Journal*, 127.

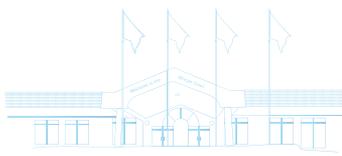
22 Parra Vera, “*The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment*” en von Bogdandy *et al.* (eds.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*, 357.

Tenemos razón en celebrar este aniversario, sin aplaudir necesariamente cada decisión que ha producido el sistema. Sin embargo, celebrar el sistema resalta lo que se podría perder fácilmente. La Corte, con tan solo cuatro nombramientos en su banca, podría cambiar completamente su perspectiva y convertirse en un agente de constitucionalismo regresivo. Esta posibilidad enfatiza una vez más el gran logro de la Corte hoy en día, y nos da motivo para celebrar estos 40 años que marcan el gran camino en la jurisdicción en materia de derechos humanos.



Ângelo Matusse

*Juez de la Corte Africana de Derechos Humanos
y de los Pueblos*



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al cambio social.
Los tratados de derechos humanos como
instrumentos vivos a la luz de la realidad.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Introducción

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en adelante la Corte, es un Tribunal continental establecido por los Estados de la Unión Africana para asegurar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en África. La Corte fue creada en virtud del Artículo 1 del “Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en adelante, el Protocolo. El instrumento que establece los derechos y los deberes sobre los derechos humanos y de los pueblos en África, así como el marco dentro del cual fue creada la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es la “Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”.

El Protocolo que estableció la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue adoptado el 9 de junio de 1998 en Burkina Faso, y entró en vigor el 25 de enero del 2004, luego de ser ratificado por más de quince países. La Corte tiene su sede en Arusha, en la República Unida de Tanzania.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue establecida para complementar y reforzar las funciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en adelante la Comisión Africana o ACHPR, también conocida como la Comisión de Banjul, de naturaleza cuasi judicial, encargada de la supervisión de la implementación de la Carta.

La misión de la Corte es optimizar el mandato de protección de derechos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, fortaleciendo el sistema de protección de los derechos humanos en África y asegurando el respeto y el cumplimiento de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, mediante sus decisiones judiciales, según los Artículos 2 y 3 del Protocolo.

El propósito de este documento es compartir la experiencia de la Corte en la generación de un cambio normativo y social. Con este fin, se destaca la interpretación que hace la Corte de la Carta Africana

y otros tratados de derechos humanos, como instrumentos vivos, en tres casos seleccionados.

Caso del Reverendo Christopher Mtikila vs. la República Unida de Tanzania

Demanda No. 011/2011

(Sentencia del 14 de junio de 2013)

En este caso, los demandantes alegaron que el Estado demandado, mediante ciertas enmiendas a la Constitución que buscaban prohibir la participación de candidatos independientes en elecciones presidenciales, parlamentarias y de gobierno local, había violado su derecho como ciudadanos a la libertad de asociación, el derecho de participar en asuntos públicos y gubernamentales, y el derecho a la no discriminación, según el Artículo 13.1 de la Carta; el Artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, y el Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o ICCPR. El Estado demandado justificó sus leyes citando motivos históricos y sociales relacionados con la protección de la unidad y la integridad de la nación, entre otros.

En este caso, la Corte observó que el Estado demandado tiene la obligación de crear leyes alineadas con los intereses y los propósitos de la Carta, y aunque las cláusulas controvertidas de la Constitución contemplan la promulgación de reglas y regulaciones para el goce de los derechos consagrados en la misma, dichas reglas y regulaciones no deben anular los derechos y libertades que buscan regular. Adicionalmente, la Corte observó que en la medida en que limite el derecho de participación de los ciudadanos en el gobierno, directamente o por medio de representantes, cualquier ley que requiera que el ciudadano forme parte de un partido político antes de poder ser candidato presidencial, parlamentario o de gobierno local, es un obstáculo innecesario que le niega a los ciudadanos el derecho a la participación directa y por lo tanto constituye una violación.

La Corte determinó que Tanzania no puede utilizar el Artículo 13.1 de la Carta como motivo para incumplir con las normas

internacionales, ya que habiendo ratificado la Carta está bajo la obligación de promover leyes alineadas con la misma.

En conclusión, la Corte determinó la existencia de una violación al derecho a participar libremente en el gobierno de su propio país, ya que para poder participar en las elecciones presidenciales, parlamentarias o locales de Tanzania, un ciudadano debe formar parte de un partido político.

Se le ordenó al Estado demandado tomar las medidas constitucionales, legislativas y toda otra medida necesaria, dentro de un plazo razonable, para remediar las violaciones identificadas por la Corte, e informar a la Corte sobre las medidas adoptadas.

Basada en las interpretaciones de las disposiciones relevantes de la Carta, la DUDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ICCPR por sus siglas en inglés, para este caso, la Corte determinó que, en vista de las normas actuales de derechos humanos, era inaceptable que el Estado demandado justificara la disposición constitucional que previene que las personas participen en elecciones como candidatos independientes, sin partido, por motivos históricos y sociales de protección de la unidad nacional y de la integridad del Estado.

**Caso *Issa Konate vs. Burkina Faso*,
Demanda No. 004/2013
(Sentencia del 5 de diciembre de 2014)**

La decisión de la Corte en su primer caso sobre la libertad de prensa, fue histórica. La Corte anuló la condena contra el periodista Issa Konaté, quien enfrentaba fuertes sanciones criminales por Burkina Faso por cargos de difamación relacionados con la publicación de varios artículos en el periódico denunciando la corrupción de un fiscal general.

La Corte determinó que la condena era una interferencia desproporcionada en los derechos a la libertad de expresión del demandante. Interpretando el Artículo 9 de la Carta, el Artículo 19 del ICCPR, y el Artículo 66 del Tratado Revisado de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, CEDEAO, la Corte

determinó que las leyes de difamación se deben utilizar como último recurso, por ejemplo cuando hay una seria amenaza al goce de otros derechos humanos. Observó que las figuras públicas, tales como fiscales generales, deben tolerar más críticas que las personas privadas.

Adicionalmente, la Corte le ordenó a Burkina Faso modificar su legislación sobre difamación para que esta cumpla con las normas internacionales y se derogue la pena de prisión para actos de difamación. Igualmente le ordenó adaptar sus leyes para asegurar que otras sanciones por difamación cumplan con el examen de necesidad y de proporcionalidad, de conformidad con las obligaciones internacionales del país.

Esta sentencia estableció la norma de que los gobiernos no deben criminalizar la difamación. Históricamente, la pena de prisión por difamación criminal no era impugnabile, y de hecho muchos países aún la tienen en sus códigos penales. Sin embargo, en este caso la Corte determinó que ya no es aceptable y estableció un fuerte precedente para la región.

Caso Actions Pour La Protection des Droits de L'Homme vs. la República de la Costa de Marfil,
Demanda No. 001/2014
(Sentencia del 18 de noviembre de 2016)

En el 2014, *Actions Pour La Protection des Droits de L'Homme*, en adelante APDH, una ONG de derechos humanos basada en Abidjan, Costa de Marfil, presentó una demanda ante la Corte, pidiéndole que declarara que la Ley No. 2014-335 del país sobre el funcionamiento y la composición de la Comisión Electoral Independiente, CEI, violaba una serie de instrumentos de derechos humanos. La CEI fue establecida en octubre de 2001, con el mandato de organizar y supervisar las elecciones, acreditar a los observadores nacionales e internacionales, contar boletas y anunciar los resultados finales de una elección. La CEI está conformada por 17 miembros, la mayoría de los cuales son representantes de ministros de gobierno o representantes de partidos políticos. La sociedad civil sí forma parte de la CEI, sin

embargo únicamente cuenta con 4 de los 17 puestos disponibles. Las decisiones de la CEI se toman por mayoría simple.

En sus escritos, la APDH sostuvo que la ley controvertida ocasionó que la CEI no fuera ni independiente ni imparcial, y por lo tanto dicha ley infringía el Artículo 17.1 de la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernabilidad, la Carta sobre Democracia, así como el Artículo 3 del Protocolo de la CEDEAO sobre Democracia y Gobernabilidad. La demandante también alegó que mediante la adopción de esa ley se había maquinado una situación para que el presidente pudiera influir en el sistema electoral durante las elecciones, para beneficiarse a sí mismo o a los candidatos que apoyara. La demandante alegó que esto es una violación al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, consagrada en el Artículo 10.3 de la Carta sobre Democracia, el Artículo 3.2 de la Comisión Africana y el Artículo 26 del ICCPR.

Aplicando los conceptos claves de *independencia e imparcialidad* al interpretar la estructura del CEI, la Corte observó que los representantes de gobierno sobrepasaban en número a todos los otros; específicamente, que el gobierno está representado por ocho miembros contra cuatro de otras partes, lo cual demuestra un claro desequilibrio. Por lo tanto, no era ni independiente ni imparcial e infringía el Artículo 17 de la Carta sobre Democracia, así como el Artículo 3 del Protocolo CEDEAO.

Adicionalmente, la Corte observó que debido al desequilibrio creado por esta ley, el presidente está en una posición mucho más ventajosa en el periodo antes de las elecciones en comparación con otros candidatos, y que al no poner a todos los candidatos en condiciones de igualdad antes de las elecciones, la ley también infringe el principio de protección igualitaria contemplada en el Artículo 10.3 de la Carta Africana, Artículo 3.2 de la ACHPR y el Artículo 26 del ICCPR.

En vista de estas violaciones, la Corte le ordenó a Costa de Marfil corregir la ley y presentar un informe sobre las modificaciones realizadas en el plazo de un año.

Con esta sentencia, la Corte estableció un valioso precedente, el cual, si se implementa efectivamente, tiene el potencial de fortalecer la justicia de los sistemas electorales y de los cuerpos electorales que los gobiernan en África.

Un aspecto notable de este fallo es el enfoque asertivo de la Corte en el manejo del tema, que es principalmente de naturaleza política. Aunque la composición de las instituciones electorales se puede considerar un acuerdo político, la Corte interpretó la Carta Africana sobre Democracia y determinó que si los derechos y las libertades de las personas están implicadas en el proceso, la Corte mantiene su poder de supervisar e inclusive revisar si las instituciones electorales están alineadas con las normas internacionales.

El reto

De los tres casos, solo en el caso de Issa Konate (Sentencia del 5 de diciembre de 2014) se ha implementado la sentencia por completo. En el caso del Reverendo Mtikila (Sentencia del 14 de junio de 2013), el Estado demandado reportó que las medidas constitucionales, legislativas y toda otra medida que se necesite tomar para remediar las violaciones determinadas por la Corte, en la Sentencia sobre fondo, dependen del resultado del referéndum. Realizar el referéndum es “un requisito legal que el Gobierno ha resaltado como una prioridad nacional, al igual que terminar la nueva Constitución”. En el caso APDH, el Estado demandado no ha reportado las medidas tomadas para la implementación de la Sentencia.

Conclusión

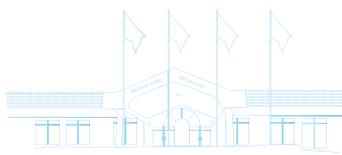
Como se puede inferir de los casos mencionados anteriormente, al interpretar los instrumentos de derechos humanos en vista de la realidad actual, la Corte Africana se ha posicionado como un agente de cambio social. Sus decisiones históricas han establecido fuertes bases normativas para la protección de los derechos humanos en el continente. En algunos casos sus decisiones también han generado cambios concretos, incluyendo la modificación de leyes de los Estados parte. Esto no ha sido solamente una fuente de esperanza, sino también inspiración y valor para que la Corte mantenga este ímpetu y asegure la protección de los derechos humanos adoptando el enfoque progresivo que se requiere hoy en día.

La Corte es de la creencia de que nada se mantiene estático o invariable, por lo tanto la interpretación y la aplicación de los derechos humanos tampoco deben ser rígidas. Sin importar lo fuerte que sea la resistencia que enfrente, la Corte no vacilará hasta asegurarse de que los instrumentos africanos de derechos humanos y otras normas internacionales se interpreten y se apliquen como instrumentos vivos. Cualquier cosa que se aparte de la realidad no solo es obsoleto sino que también corre el riesgo de ser ignorado y de quedar en desuso.



Branko A. Lubarda

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al cambio social.
Los tratados de derechos humanos como
instrumentos vivos a la luz de la realidad.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Introducción¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, en sus pronunciamientos implementa las reglas de interpretación evolutiva de los tratados internacionales, consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención de Viena, adoptada en 1969, Artículos 31 y 32. La interpretación de los tratados según la Convención de Viena da especial importancia al objeto y fin de los mismos, con los que debe ser compatible la interpretación –“la regla general de interpretación”–. (Harris *et al.*, 2014; Rainey *et al.*, 2014). El preámbulo de un tratado se considera parte integral del contexto, Artículos 31 y 2, y el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, hace referencia tanto a “la protección” como al “desarrollo” de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El desarrollo de los derechos humanos involucra creatividad judicial, y por lo tanto amplía el alcance de las garantías del CEDH (Tulkens, 2011; *Dialogue between Judges*, 2011).

El CEDH le otorga al TEDH competencia de interpretación en el Artículo 32. En un gran número de sentencias, el TEDH ha indicado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe considerar los cambios conforme pasa el tiempo y debe reflejar las “condiciones actuales” (*Tyrer vs. Reino Unido*, 1978, sobre si la práctica de castigo corporal en las escuelas estaba de acuerdo con el CEDH). En la sentencia del caso *Tyrer*, el TEDH utilizó la interpretación evolutiva por primera vez y estableció la doctrina del instrumento vivo. Esta doctrina se ha utilizado desde entonces para una serie de derechos del CEDH. En derechos absolutos, Artículos: 2, Derecho a la vida; 3, Prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes; 4, Prohibición de

1 En la preparación de este texto fueron un gran aporte las discusiones y sugerencias de mis colegas del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: los jueces G. Raimondi, A. Sicilianos, G. Yudkivska y R. Spano, así como James Brannan, traductor senior.

la esclavitud y del trabajo forzado; 7, No hay pena sin ley; Artículo 4 del Protocolo No. 7, Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces; y en derechos calificados, específicamente los Artículos del 8 a 11 del CEDH y los Artículos del 1 a 3 del Protocolo No. 1.

El TEDH considera que su interpretación debe evolucionar continuamente para reflejar los cambios en las siguientes áreas:

a) Cambio social, por ejemplo, *Konstantin Markin vs. Rusia*, Gran Sala [GS], 2012: violación del Artículo 14 y del Artículo 1 del Protocolo No. 1 sobre la licencia de paternidad por discriminación de género basada en estereotipos. Esto a diferencia de las sociedades europeas contemporáneas en las cuales se realiza una división igualitaria de las responsabilidades familiares entre ambos padres.

b) Cambios en la ley, por ejemplo *Scoppola vs. Italia (no. 2)* [GS], 2009: violación del Artículo 7 en relación con *lex mitior*, la “ley penal más favorable” entre el momento en que se cometió el delito y la sentencia final, con referencia al Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH; *S.W. vs. Reino Unido*, 1995: no violación del Artículo 7 al no otorgar inmunidad al demandante por violar a su esposa; *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría* [GS] 2016: el derecho a buscar información como un aspecto de la libertad de expresión bajo el Artículo 10; *Demir y Baykara vs. Turquía* [GS], 2008: el Artículo 11 se extendió al derecho de convenio colectivo.

c) Cambios en innovaciones tecnológicas, por ejemplo *Roman Zakharov vs. Rusia* [GS], 2015: violación del Artículo 8 por monitoreo secreto abusivo de comunicaciones por vía telefónica; *Barbulescu vs. Rumanía* [GS], 2017: violación del Artículo 8 por monitoreo de las comunicaciones de los empleados por parte del empleador.

d) Investigación y avances científicos, casos *Rees vs. Reino Unido*, 1986: violación del Artículo 8; *Christine Goodwin vs. Reino Unido* [GS], 2002: violación de los Artículos 8 y 12; *Evans vs. Reino Unido* [GS], 2006: no violación de los Artículos 2, 8, y 14 que tratan sobre si una ley británica, que requiere el consentimiento de ambos padres genéticos para la implantación de embriones creados por medio de fertilización *in vitro*, está de acuerdo con el CEDH; y *Parillo vs. Italia* [GS], 2015: prohibición sobre la donación de un embrión de fertilización *in vitro* para investigación científica.

e) Asuntos morales y éticos, por ejemplo *Evans vs. Reino Unido* [GS], 2006; *A., B. y C. vs. Irlanda* [GS], 2010: aspectos de procedimiento del Artículo 8 en relación con el aborto; *Pretty vs. Reino Unido*, 2002: no violación de los Artículos 2, 3, 8, 9 y 14; *Koch vs. Alemania*, 2012: violación del Artículo 8; *Gross vs. Suiza* [GS], 2014: demanda improcedente por abuso de derecho; *Lambert et al. vs. Francia* [GS], 2015: no violación del Artículo 2, en cuatro casos sobre los aspectos éticos y humanos de la eutanasia; *Vallianatos et al. vs. Grecia* [GS], 2013: violación del Artículo 14 y del Artículo 8, sobre la exclusión de las parejas del mismo sexo de las uniones civiles; *Stübing vs. Alemania*, 2012: Artículo 8 sobre incesto.

f) Valores específicos, por ejemplo *Bayatyan vs. Armenia* [GS], 2011: reconocimiento bajo el Artículo 9 del derecho a objeción de conciencia al servicio militar; *S.A.S. vs. Francia* [GS], 2014: el concepto de “vivir en sociedad” y la no violación de los Artículos 8 y 9.

Aunque se podrían presentar ciertas objeciones a la interpretación evolutiva de los tratados internacionales, específicamente el temor de que la jurisprudencia creada bajo la doctrina del instrumento vivo pueda ignorar la voluntad de las partes contratantes y asumir la función legislativa, demostrando un “activismo judicial”, las declaraciones sobre la reforma al sistema del CEDH que surgieron de las conferencias en Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), y Bruselas (2015), no han indicado preocupaciones sobre la doctrina.

Al recalcar la importancia del principio de subsidiariedad, la Declaración de Copenhague, adoptada por todos los Estados miembros del Consejo de Europa en el 2018, mantiene la importancia de la doctrina del instrumento vivo (§ 26): “El Tribunal protege las violaciones que no han sido remediadas a nivel nacional, y con autoridad interpreta el CEDH de conformidad con las normas y los principios relevantes del derecho público internacional, especialmente la Convención de Viena, y considera apropiadamente las condiciones actuales”.

A diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, la cual se suele caracterizar por su activismo judicial, el TEDH se restringe más en la interpretación evolutiva, ya que su doctrina del instrumento vivo se basa principalmente en: a) las obligaciones positivas del Estado, b) el (emergente) consenso europeo, c) la definición autónoma de ciertos términos legales del CEDH y el

principio de efectividad de la protección de los derechos humanos y de las libertades, y d) la dignidad humana como un valor universal y un método de interpretación. Este marco disminuye la potencial crítica de que “los jueces renuncien a su responsabilidad de revisión independiente de las acciones del gobierno” (Mahoney, 1990).

Doctrina del instrumento vivo y las obligaciones positivas del Estado

La doctrina del instrumento vivo está relacionada con las obligaciones positivas del Estado, los cuales deben actuar para garantizar los derechos humanos (Harris *et al.*, 2014; Sudre, 2016; Yudkivska, 2016). Las obligaciones positivas están relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales. El TEDH ha establecido que las obligaciones positivas son necesarias para hacer efectivos los derechos civiles y políticos, a la vez que se aborda indirectamente la conducta de las personas privadas por medio de dichas obligaciones (Raimondi, 2008).

Por ejemplo, la doctrina del instrumento vivo está relacionada con la obligación positiva de protección de la vida, es decir, tomar los pasos apropiados para proteger la vida de las personas dentro de su jurisdicción; por ejemplo en *Onerlydiz vs. Turquía*, 2004: el tema de la responsabilidad del Estado por muertes causadas por una explosión y un derrumbe en el basurero municipal, por violación del Artículo 8 y del Artículo No. 1 del Protocolo No. 1; *Opuz vs. Turquía*, 2009: sentencia que marcó un hito sobre la violencia doméstica contra las mujeres y la discriminación de género por violación de los Artículos 2, 3 y 14 junto con los Artículos 2 y 3; *Brincat et al. vs. Malta*, 2014: el tema de salud ocupacional debido a exposición a asbestos durante el plazo del empleo y posterior fallecimiento, en violación del Artículo 2; o enfermedad, en violación del Artículo 8. La doctrina del instrumento vivo ha extendido las obligaciones positivas a situaciones en las cuales el riesgo a la vida venía de la víctima en sí: *Keenan vs. Reino Unido*, 2002; *Reynolds vs. Reino Unido*, 2012.

La doctrina de instrumento vivo ha agregado una nueva dimensión al Artículo 3 sobre la prevención de la tortura y de tratos inhumanos

o degradantes en el exterior. Este principio fue aplicado por primera vez en el caso de extradición *Soering vs. Reino Unido*, 1989, seguido por los casos de deportación *Chahal vs. Reino Unido*, 1996; *Saadi vs. Italia* [GS], 2008; y *Abu Qatada vs. Reino Unido*, 2012. El Artículo 3 impone obligaciones positivas a los Estados, incluida la obligación de no devolver a una persona a un país donde él o ella probablemente será maltratado. Al hacer esto, el TEDH confirmó que no se debe anular el Artículo 3, sin importar las características de la persona involucrada; aun cuando hay una amenaza inminente de terrorismo (C. Shachor-Landau, 2015).

La noción de la tortura en sí ha evolucionado de las definiciones iniciales utilizadas en los casos *Irlanda vs. Reino Unido*, 1978, y *Aksoy vs. Turquía*, 1996, al caso *Selmouni vs. Francia*, 1999, por maltrato de personas sospechosas de narcotráfico, en el que el trato inhumano y degradante fue elevado a tortura. Es también el caso *Maslova y Nalbandov vs. Rusia*, 2008: por tortura de Maslova y trato inhumano y degradante de Nalbandov.

La aplicación del Artículo 3 fue de carácter humanitario en el caso de tratamiento médico *D. vs. Reino Unido*, 1997; en los casos de personas en búsqueda de asilo, *inter alia*, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia* [GS], 2011, *A.A. vs. Suiza*, 2014, y *Tarakhel vs. Suiza* [GS], 2014. Sin embargo, por un tema de cargas financieras no lo fue en el caso *N. vs. Reino Unido* [GS], 2008. Adicionalmente, el TEDH utilizó una interpretación evolutiva del Artículo 3 y amplió el alcance de su aplicación a asuntos con fines humanitarios en el caso *Hirsi Jamaa vs. Italia* [GS], 2011: la interceptación de migrantes en altamar por buques militares italianos y su deportación a Libia; se interpretó que los eventos estaban dentro de la jurisdicción de Italia, y por lo tanto conllevaron violaciones al Artículo 3 y al Artículo 4 del Protocolo No. 4, por la deportación colectiva.

Bajo el Artículo 4, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el TEDH ha utilizado la noción de consenso europeo para establecer obligaciones positivas del Estado para investigar y juzgar casos de esclavitud y de trabajo forzado, en *Siliadin vs. Francia* [GS], 2005. En la sentencia que marcó un hito, en el caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia* [GS], 2010, el TEDH resolvió que el tráfico de personas está dentro del alcance del Artículo 4, aunque no se hace

referencia explícita sobre esto en el CEDH. El TEDH por lo tanto ha afirmado que las obligaciones positivas bajo el Artículo 4 requieren que los Estados realicen una investigación detallada sobre los alegatos de tráfico de personas. Los Estados deben tomar todas las medidas razonables a su disposición para proteger la evidencia y para cooperar con las autoridades de otros Estados al investigar casos de tráfico transfronterizo. La explotación de trabajadores también es un aspecto del tráfico de personas, como se dictó por primera vez en el caso *Chowdury et al. vs. Grecia*, 2017. La novedad de esta jurisprudencia es otro ejemplo de la interpretación evolutiva del CEDH: “la ley está en proceso de transformación” (Rudolf von Jhering, 1872).

Doctrina del instrumento vivo y definición autónoma de ciertos términos legales del CEDH

La doctrina de instrumento vivo está relacionada con la definición autónoma de ciertos términos legales del CEDH, lo cual le permite al TEDH determinar el alcance de los derechos correspondientes del CEDH, el cual puede evolucionar conforme pasa el tiempo. Estos términos incluyen, entre otros: los términos legales bajo el Artículo 5: derecho a la libertad y a la seguridad, tales como “juez”, y en francés, *juge y magistrat*, por ejemplo en *Moulin vs. Francia*, 2010. Los términos legales bajo el Artículo 6: derecho a un proceso equitativo, tales como “derechos y obligaciones civiles”, “tribunal”, por ejemplo en *Didier vs. France*, 2002 o “cargos penales” y “testigo”; bajo el Artículo 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar, el término “vida privada” y, bajo el Artículo 1 del Protocolo No. 1: protección de la propiedad, el término “posesión”. Los criterios para la interpretación autónoma del concepto “cargo penal” bajo el Artículo 6, –independientemente de la clasificación de los procedimientos legales en el derecho nacional– fueron establecidos en el caso *Engel et al. vs. Países Bajos*, 1976. El TEDH extendió la aplicabilidad del Artículo 6 bajo su rama civil, a los conflictos sobre seguridad social en el caso *Salesi vs. Italia*, 1993. La doctrina del instrumento vivo también se utilizó para ampliar el alcance de aplicación del Artículo 6 al empleo en el sector público con el fallo del caso *Pellegrin vs.*

Francia, 1999. Dicha ampliación del alcance fue más allá en el caso *Vilho Eskelinen et al. vs. Finlandia*, 2007, estableciendo el supuesto de aplicabilidad al Artículo 6 en todo conflicto relacionado con empleados públicos, incluyendo jueces. Esta jurisprudencia fue confirmada por la sentencia en el caso *Baka vs. Hungría* [GS], 2016.

La definición autónoma del término “víctima”, interpretado independientemente de su significado en el ordenamiento jurídico interno, fue utilizado en el caso *Blidaru vs. Rumanía*, 2007, y en *Micallef vs. Malta* [GS], 2009. La interpretación evolutiva del *locus standi* de una organización no gubernamental como representante *de facto* de la víctima en circunstancias excepcionales, fue implícita en el caso *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu vs. Rumanía* [GS], 2014. Adicionalmente, en el caso *Roman Zakharov vs. Rusia* [GS], 2015, el TEDH aceptó que el demandante pudiera alegar ser víctima de una violación del CEDH simplemente por la existencia de medidas secretas de monitoreo, bajo ciertos criterios relacionados con el alcance de la legislación, los recursos disponibles a nivel nacional, el riesgo de que estén aplicando medidas secretas al demandante, y las garantías procesales contra monitoreo arbitrario.

El TEDH ha interpretado el Artículo 8 de manera que incluye una amplia gama de derechos, cubriendo, entre otros, la protección ambiental, tales como la contaminación del aire en *Lopez Ostra vs. España*, 1994; por contaminación auditiva causada por un aeropuerto en *Hatton et al. vs. Reino Unido* [GS], 2003, y por contaminación del agua con cianuro en *Taskin et al. vs. Turkey*, 2005. Adicionalmente, la doctrina de instrumento vivo se ha utilizado para establecer la definición autónoma del término “posesión” bajo el Artículo 1 del Protocolo No. 1 –de manera consistente con el concepto de derechos pecuniarios bajo el Artículo 6.1– incluyendo el derecho a beneficios de seguridad social, que comenzó con el caso *Gayguzus vs. Austria*, 1996. La definición autónoma del término “posesión” se amplió para incluir la noción de “expectativa legítima” en caso *Kopeccky vs. Slovakia* [GS], 2004, además de “posesiones existentes o activos”.

Consenso europeo y los límites de la doctrina del instrumento vivo

La doctrina del consenso europeo ha tenido una función importante a la hora de regular el paso de la evolución de la jurisprudencia. El establecimiento de dicho consenso se basa en el desarrollo del derecho comparado y de los tratados internacionales de derechos humanos. El derecho comparado le asegura al juez que está avanzando sobre terreno seguro para llegar a una solución legítima (Barak, 2015). Por ejemplo, en el caso *Bayatyan vs. Armenia*, 2011, la Gran Sala realizó una interpretación evolutiva del Artículo 9 con base en el desarrollo del derecho comparado, notando una tendencia a reconocer el derecho a la objeción de conciencia entre los Estados miembros del Consejo de Europa durante el final de la década de los 80 y los años 90.

Las interpretaciones del CEDH, en armonía con el derecho de otros tratados internacionales de derechos humanos –con referencia a sus trabajos preparatorios como método suplementario de interpretación, de conformidad con el Artículo 32 de la Convención de Viena–, contribuyen a la legitimidad de los fallos del TEDH, por ejemplo en *Varnava et al. vs. Turquía* [GS], 2009: al decidir sobre denuncias de desapariciones, el TEDH siguió el enfoque tomado por la Corte IDH en *Blake vs. Guatemala*, 1998, y *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 2008.

La doctrina del consenso europeo hace que los razonamientos y los fallos del TEDH sean predecibles hasta cierto punto, brindando un deseado balance entre certeza jurídica y flexibilidad (Tulkens, 2011). Adicionalmente, se ha dicho que “el Consejo europeo opera en el margen entre la apreciación y la interpretación evolutiva: ambos son necesarios para mantener la estabilidad del sistema de Estrasburgo” (Dzehtsiarou y O’Mahony, 2013). El TEDH aplica la doctrina del consenso europeo a una amplia variedad de derechos absolutos y calificados. Basándose en la doctrina del instrumento vivo, el TEDH logra darle una interpretación al CEDH que “hace efectivos y prácticos los derechos individuales, en vez de que sean teóricos e ilusorios”. Ver *Airey vs. Irlanda*, 1979 y *Artico vs. Italia*, 1980.

Una interpretación consensuada del Artículo 10 sobre libertad de expresión, ha contribuido a la protección de los informantes para combatir el problema de corrupción y conflictos de interés,

especialmente en los países de Europa Central y Europa del Este durante su periodo de transición. Un par de casos representativos son *Guja vs. Moldavia* [GS], 2008: sobre el interés público de tener información acerca de presión indebida sobre la independencia del poder judicial y actos ilícitos por el Ministerio Público; y *Heinisch vs. Alemania*, 2011: sobre los reportes de irregularidades por empleadores del sector de salud. Los fallos en ambos casos se dictaron luego de la adopción del Convenio Civil sobre la Corrupción y el Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa en 1999, así como de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el 2003. La protección del derecho a actuar como informante bajo el Artículo 10 se puede interpretar como una protección indirecta del derecho a trabajar, lo que supone un enfoque holístico por el TEDH. Los demandantes fueron sobreseídos luego de divulgar de buena fe información de interés público. Esto se confirmó en el caso *Guja vs. Moldavia (no. 2)*, 2018, donde luego de sopesar los diferentes intereses involucrados, el TEDH encontró una violación del Artículo 10: “[...] el Tribunal considera que [...] el segundo despido del demandante de su empleo no estaba relacionado con un conflicto laboral ordinario, sino que tiene todas las características de otro acto de represalia por su divulgación de las cartas en el 2003”. Los problemas sistémicos de corrupción también se han identificado y abordado en países latinoamericanos (Bogdandy *et al.*, 2017) y africanos.

La doctrina del instrumento vivo bajo el Artículo 10 fue aplicada para establecer un derecho –limitado– de acceso a información de interés público en el caso *Maygar Helsinki Bizottsag vs. Hungría* [GS], 2016, luego de que las autoridades domésticas se rehusaron a brindar los nombres de los abogados defensores designados por el Estado. El TEDH se pronunció de esa manera a pesar de que la definición ordinaria del texto del Artículo 10.1 está limitada a la libertad de recibir información e ideas y no incluye la libertad de buscar información. En ese aspecto, el texto del Artículo 10.1 es diferente al del Artículo 13 de la CADH, del Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y del Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Podemos encontrar otro ejemplo de interpretación consensuada en el caso *Demir y Baykara vs. Turquía* [GS], 2008. Bajo el Artículo

11: libertad de reunión y de asociación, el CEDH no menciona explícitamente el derecho de convenio colectivo, únicamente el derecho de formar y de unirse a sindicatos para la protección de sus intereses. El TEDH indicó que el consenso emergente de instrumentos internacionales especializados, en este caso los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta Social Europea, puede ser una consideración relevante para el TEDH al interpretar las disposiciones del CEDH; por lo tanto, ampliando el alcance de aplicación del Artículo 11 al derecho de convenio colectivo. De manera similar, en el caso *Energi Yapi-Yol Sen vs. Turquía*, 2009, la doctrina del instrumento vivo llevó al reconocimiento del derecho a la huelga bajo el Artículo 11 del CEDH. Por consiguiente, aunque la interpretación evolutiva pueda ser *praeter legem* si es absolutamente necesaria, no puede llevar a una interpretación *contra legem*. Para propósitos de análisis comparativo, cabe mencionar que en el Protocolo Adicional a la CADH en el área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador” 1988–, excluyó explícitamente el derecho a la huelga de la jurisdicción de la Corte IDH. Ver Artículo 8.1 (b) junto con el Artículo 19.6.

Doctrina del instrumento vivo: principio de subsidiariedad, el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad

La falta de consenso europeo conlleva un margen de apreciación más amplio, como se indicó en el caso *Lautsi et al. vs. Italia* [GS], 2011: el tema de crucifijos en las aulas de una escuela pública –no violación del Artículo 2 del Protocolo No. 1: derecho a la instrucción–. También en el caso *Stummer vs. Austria* [GS], 2011: si los prisioneros que trabajan se deben incluir en el sistema nacional de seguridad social –no violación del Artículo 14: prohibición de la discriminación, junto con el Artículo 1 del Protocolo No. 1: protección de la propiedad–.

Al no tener un consenso europeo sobre la definición científica y legal de un término, el margen de apreciación del Estado se debe tomar en consideración. Por ejemplo, si no hay un consenso sobre la definición científica y legal sobre el inicio del derecho a la vida,

es difícil responder la pregunta si un nonato es una persona que debe ser protegida bajo el Artículo 2: derecho a la vida. El margen de apreciación le permite al Estado establecer un equilibrio entre los intereses conflictivos de la madre –el derecho a la vida– y la protección del embrión o de un niño nonato.

El margen de apreciación se invoca para enfrentar un gran número de diferencias entre la legislación y la práctica de los Estados europeos. Por ejemplo en el caso de inseminación artificial, *Evans vs. Reino Unido* [GS], 2006: el padre de embriones congelados se rehusó a dar su consentimiento a la madre, quien llevaba al niño en su vientre –no violación de los Artículos 2, 8 y 1. También en el derecho al voto de los prisioneros *Scoppola vs. Italia (no. 3)*, 2012, –no violación del Artículo 3 del Protocolo No. 1: derecho a elecciones libres–; en cuanto a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, *Sindicatul 'Păstorul Cel Bun' vs. Rumanía* [GS], 2013, –no violación del Artículo 11: libertad de reunión y de asociación–. Sin embargo, en el caso *Hirst vs. Reino Unido (No. 2)*, 2005, el TEDH resolvió que una prohibición total a los prisioneros británicos de ejercer su derecho al voto era desproporcionada, contraria al Artículo 3 del Protocolo No. 1, que excedía el margen de apreciación aceptable en una sociedad democrática. En el caso *Schalk and Kopf vs. Austria*, 2010, el TEDH no reconoció el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo debido a que un estudio de derecho comparado no mostró un consenso europeo sobre el tema, –no violación del Artículo 14 junto con el Artículo 8– y por consiguiente el TEDH no obligó a los Estados miembros a reconocer legalmente el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Sin embargo, respecto a la unión civil de una pareja del mismo sexo, basado en una investigación de derecho comparado, el TEDH encontró una violación del Artículo 14 junto con el Artículo 8 en el caso *Vallianatos et al. vs. Grecia*, 2013, ya que el poder legislativo de ese país había otorgado el derecho a la unión civil únicamente a las parejas heterosexuales.

La doctrina del instrumento vivo se debe entender en relación con el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación establecido en la jurisprudencia del TEDH. En la Conferencia de Interlaken se recalcó que el sistema del CEDH es de naturaleza subsidiaria (Costa, 2011). Sobre el margen de apreciación como una herramienta

funcional del principio de subsidiariedad, este se ha caracterizado como “nuestro pasado, nuestro presente y nuestro futuro” (Spielmann, 2012). El origen del margen de apreciación se remonta a los casos sobre los intereses vitales nacionales, en *Irlanda vs. Reino Unido*, 1978, cuando el TEDH utilizó explícitamente por primera vez el término “margen de apreciación”. El margen de apreciación refleja la función subsidiaria del TEDH en la protección de los derechos consagrados en el CEDH. “La responsabilidad inicial y primaria de protección de los derechos humanos recae sobre los Estados miembros, quienes deben garantizar los derechos del CEDH” (Sudre, 2012).

La doctrina del instrumento vivo se podría interpretar como contraria a la doctrina del margen de apreciación. Sin embargo, el alcance del margen de apreciación depende de la naturaleza y de la importancia del derecho, así como de la naturaleza y el fin de la interferencia. Se elaboró sobre esta consideración en el caso *S. y Marper vs. Reino Unido* [GS], 2008: mantenimiento y retención de muestras de ADN en la base nacional de datos de ADN, en el cual el TEDH identificó una violación del derecho a la privacidad. En el caso *A., B. y C. vs. Irlanda* [GS], 2010, habiendo rechazado todas las pretensiones bajo el Artículo 3, el TEDH ratificó que se debe dar un margen de apreciación al tema de cuándo inicia la vida, y determinó que el Artículo 8 no confiere el derecho al aborto.

A diferencia del Artículo 2 del CEDH, el cual no hace referencia a las limitaciones temporales del derecho a la vida, el Artículo 4 de la CADH establece que el derecho a la vida se debe proteger “en general, a partir del momento de la concepción”. En el caso *Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica*, 2012, la Corte IDH se pronunció sobre la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica, indicando que “la concepción ocurre únicamente en el momento en que el embrión es implantado en el útero”. En contraste, el TEDH se rehusó a interpretar *contra legem* el Artículo 2 del CEDH, ya que hubiera llevado a “una distorsión del lenguaje [del CEDH]”, dado que no se puede interpretar que otorga el derecho diametralmente opuesto, es decir, el derecho a morir. Ver *Pretty vs. Reino Unido*, 2002, párrafo 39.

Debe hacerse una clara distinción entre los derechos absolutos y los derechos calificados. “Los derechos clave y absolutos del CEDH protegen valores e intereses que se derivan de la esencia de los seres

humanos y su dignidad; por lo tanto, por definición esos derechos no pueden estar sujetos a un análisis de equilibrio o de proporcionalidad” (Spano, 2018). Por ejemplo, *Chahal vs. Reino Unido*, 1996, y *Saadi vs. Italia* [GS], 2008, son casos en los cuales se concluyó que la prohibición de deportar personas que sufrirían maltrato, es un derecho absoluto, una obligación positiva de los Estados bajo el Artículo 3, incluidos los casos de amenaza de terrorismo.

El alcance del margen de apreciación varía de acuerdo a las consecuencias, el tema y el trasfondo, por ejemplo en *Schalk y Kopf vs. Austria*, 2010. En relación con los derechos calificados, se utiliza un amplio margen de apreciación en: a) casos de emergencia pública bajo el Artículo 15 del CEDH, sobre derogación en caso de estado de excepción, “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, por ejemplo en *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, 1993; b) ciertos casos de seguridad nacional, por ejemplo *Leander vs. Suecia*, 1987, y *Regner vs. la República Checa* [GS], 2017; c) casos relacionados con la protección de los valores morales públicos, por ejemplo *Handyside vs. Reino Unido*, 1976; d) casos sobre temas éticos sensibles, por ejemplo *Lautsi et al. vs. Italia* [GS], 2011, y *Hamalainen vs. Finlandia* [GS], 2014; e) casos sobre la implementación de políticas económicas y sociales, por ejemplo *Koufaki y ADDEDY vs. Grecia*, diciembre 2013; f) casos sobre la transición del comunismo a economías de libre mercado, por ejemplo la sentencia piloto *Broniowski vs. Polonia* [GS], 2004, y otros casos (Sicilianos, 2015; Seibert-Fohr, 2018). Un estrecho margen de apreciación se aplica a casos donde está en juego un elemento sensible de la identidad de una persona, por ejemplo *Evans vs. Reino Unido* [GS], 2006; o bien para la protección de la autoridad del poder judicial, por ejemplo *Sunday Times vs. Reino Unido*, 1979; o en casos de libertad de expresión en asuntos de interés público, por ejemplo *Thoma vs. Luxemburgo*, 2001, y *Morice vs. France* [GS], 2015.

El margen de apreciación también se utiliza en casos sobre la proporcionalidad de las interferencias con los derechos calificados. El principio de proporcionalidad es más común cuando el CEDH permite explícitamente restricciones del derecho, por ejemplo bajo los Artículos 8-11 y el Artículo 1 del Protocolo No. 1). El principio de proporcionalidad por lo tanto constituye una fuerte barrera contra

el uso excesivo de la doctrina del margen de apreciación, por ejemplo en *Sidabras y Džiautas vs. Lituania*, 2004: la prohibición de emplear a un antiguo agente de la KGB en el sector público y en el sector privado, era un medida desproporcionada en violación del Artículo 14 junto con el Artículo 8.

La legitimidad de la doctrina del margen de apreciación ha sido cuestionada. Se ha argumentado que la doctrina socava la universalidad de los derechos humanos y que se está convirtiendo en una herramienta de autorrestricción judicial excesiva (Dzehtsiarou y O'Mahony, 2013; Bjorge, 2014). También se ha presentado la objeción de que el alcance del margen de apreciación no es claro y por lo tanto genera incertidumbre en la jurisprudencia.

La doctrina del margen de apreciación no es utilizada en la Corte IDH, dado que esta no le confiere un grado de diferencia a los Estados miembros –activismo judicial–. Por ejemplo en *Lagos del Campo vs. Perú*, 2017: exigibilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales bajo el Artículo 26 de la CADH, por violación del derecho al trabajo. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte IDH se ha hecho referencia implícita al margen de apreciación de los Estados miembros en relación con las restricciones a los derechos políticos. En el caso *Castañeda Gutman vs. México*, 2008, sobre la obligación de los partidos políticos de presentar a un candidato para las elecciones presidenciales, la Corte IDH no encontró que el sistema de registro de candidatos por los partidos políticos para un cargo de elección popular constituyera una restricción ilegal al derecho a la elección, de conformidad con el Artículo 23 § 1 (b) (Burgogue-Larsen y Übeda de Torres, 2011; Rota, 2018).

Algunos consideran que la “fase de integración sustantiva” del TEDH –aproximadamente de 1970 a 2010–, particularmente en lo que concierne al establecimiento y formulación de los principios generales de interpretación de los derechos del CEDH, ha sido sustituida por una “fase de integración procesal”, cuyo objetivo es asegurar un nivel más alto de protección de derechos del CEDH dentro de los Estados miembros (Spano, 2018). Los elementos de la fase de integración procesal incluyen, entre otros, el agotamiento de recursos internos, en *Vučković et al. vs. Serbia* [GS], 2014, y lineamientos para una evaluación a nivel doméstico basada en el CEDH. En la sentencia de

Barbulescu vs. Rumanía, 2017, sobre el monitoreo por el empleador del uso del correo electrónico de un empleado en el lugar de trabajo, la Gran Sala estableció los siguientes criterios para la evaluación de la proporcionalidad de dichas medidas; estos son: el alcance del monitoreo y el grado de invasión de la privacidad, la posibilidad de métodos menos invasivos, las consecuencias del monitoreo y si al empleado se le han brindado las protecciones adecuadas.

Doctrina del instrumento vivo y la dignidad humana

Mientras que la CADH se basa en la filosofía de la dignidad humana como base de los derechos humanos, el CEDH se basa en la filosofía de la libertad (Burgorgue-Larsen y Übeda de Torres, 2011; Rota, 2018). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH y la jurisprudencia del TEDH se aproximan a la dignidad humana, independientemente del origen filosófico de la misma (Dupré, 2015; Weinrib, 2016), ya sea la dignidad inherente de los seres humanos—de origen kantiano—, como un tipo de “derecho madre” (Barak, 2015), o una dignidad de origen teológico (*Gloria Dei est vivens homo*; Pontifical Council for Justice and Peace, 2005).

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981, la cual entró en vigor en 1986, indica en su Artículo 5 que “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”. La interpretación del derecho a la dignidad humana de la Comisión Africana es un concepto comunitario, que se enfoca en el papel que juega el individuo en la sociedad, la igualdad y la seguridad material: así se advierte, por ejemplo, en *The Social and Economic Rights Action Center et al. vs. Nigeria*, 2001; *Purohit y Moore vs. Gambia*, 2003; *Center for Minority Rights Development (Kenia) y Minority Rights Group International vs. Kenia*, 2009; *The Nubian Community of Kenya vs. Kenia*, 2015.

Algunos autores distinguen entre la “dignidad inherente” y la “dignidad de estatus”, y relacionan los derechos humanos con la dignidad de estatus (Valentini, 2017). Este enfoque se puede utilizar en la consideración de dignidad humana de personas vulnerables en la jurisprudencia del TEDH. La sentencia que marcó un hito fue el caso

Vinter vs. Reino Unido, 2013: revisión de sentencia para prisioneros condenados a cadena perpetua y la importancia de la rehabilitación; o en el caso *Bouyid vs. Bélgica* [GS], 2015: el nivel mínimo de severidad y el rol de la dignidad humana, en el que menores de edad habían sido abofeteados cuando estaban bajo custodia policial, lo cual involucra una violación del Artículo 3 del CEDH.

La doctrina del instrumento vivo está relacionada con la dignidad humana no solo como un valor universal, sino también como un método de interpretación evolutiva de los derechos tanto absolutos como calificados. En la jurisprudencia del TEDH se ha indicado en repetidas ocasiones que la esencia del CEDH es el respeto de la dignidad humana y de la libertad; por ejemplo en *S.W. vs. Reino Unido*, 1995; *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002; *Pay vs. Reino Unido*, 2008; *Stübing vs. Alemania*, 2012. Podemos mencionar varios casos sobre la dignidad humana y los derechos absolutos. El llamado “caso de violación marital”, *S.W. vs. Reino Unido*, 1995, bajo el Artículo 7: no hay pena sin ley, fue el primer fallo en el cual el TEDH invocó la relación entre las dos de manera explícita y significativa. El TEDH indicó que “abandonar la inaceptable idea de que un marido es inmune a ser procesado por violar a su esposa, es de conformidad no solo con el concepto civilizado del matrimonio, sino también, sobre todo, con los objetivos previsible del CEDH, cuya esencia es el respeto a la dignidad humana y a la libertad.” En el caso *Nachova et al. vs. Bulgaria* [GS], 2005, el TEDH estableció la violación del Artículo 2 así como del Artículo 14, ya que “la violencia racial constituye un agravio específico a la dignidad humana”. Esta relación también se identificó bajo el Artículo 3 en el caso *Kudla vs. Polonia* [GS], 2000, donde el TEDH confirmó que un Estado debe “asegurar que cada prisionero sea detenido en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana”, y en el caso *Muršić vs. Croacia* [GS], 2016, sobre el tema de espacio personal en prisión. La relación entre la doctrina del instrumento vivo y la dignidad humana también se ha utilizado para ampliar el alcance de aplicación del Artículo 3, de manera que incluya la responsabilidad del Estado de malas condiciones de vida cuando un demandante, completamente dependiente del apoyo del Estado, estaba en una situación de serias carencias incompatibles con la dignidad humana en sentencia *Budina vs. Rusia*, 2008. En el

caso *Svinarenko y Slyadnev vs. Rusia* [GS], 2014, el TEDH resolvió que el uso de una jaula de metal en una sala de juicio constituía una ofensa a la dignidad humana. En la sentencia que marcó un hito sobre la trata de personas en el caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia* [GS], 2010, el TEDH determinó que “el tráfico de personas atenta contra la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas” por violación del Artículo 4. Finalmente, en el caso *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia* [GS], 2011, se determinó que las condiciones de subsistencia y las carencias extremas de personas que buscan asilo, mientras esperan que las autoridades procesen sus solicitudes, perjudican la dignidad humana y constituyen un tratamiento degradante, lo cual infringe el Artículo 3.

La consideración de la dignidad humana fue instrumental en el fallo del TEDH sobre el inicio del derecho a la vida. El TEDH indicó, en el caso *Vo vs. France* [GS], 2004 sobre la no violación del Artículo 2, que “[l]a potencialidad del [embrión/feto] y su capacidad de convertirse en una persona... requieren protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una ‘persona’ con ‘derecho a la vida’ para propósitos del Artículo 2”. Adicionalmente, de nuevo en relación con el embrión o feto humano, en el caso *Parillo vs. Italia*, 2015, el TEDH llegó a la conclusión de que “los embriones y fetos humanos deben ser tratados, bajo toda circunstancia, con el debido respeto a la dignidad humana”. El TEDH interpretó el Artículo 8 del CEDH en armonía con el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Convenio de Oviedo de 1997, sobre la prohibición de producir embriones humanos para investigación. El Convenio de Oviedo y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también prohíben la clonación de seres humanos.

El compromiso con la dignidad humana, como valor universal y método de interpretación, se ha incorporado en un número de casos sobre derechos calificados, por ejemplo *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, 2002: autonomía personal de personas transexuales para vivir en dignidad y con reconocimiento legal de su nueva identidad sexual, –violación de los Artículos 8 y 12–; y *Oršuš et al. vs. Croacia* [GS], 2010: acceso a la educación de los niños romaníes, –violación del Artículo 14 y del Artículo 2 del Protocolo No. 1–.

Cabe mencionar que la doctrina del instrumento vivo es de especial importancia en la jurisprudencia del TEDH para la protección de derechos sociales, que hasta cierto punto están relacionados con la dignidad humana; del caso *Gayguzus vs. Austria*, 1996, al caso *Čakarević vs. Croacia*, 2018. De hecho, “la seguridad social forma una parte integral de la dignidad humana” (Morvan, 2011), y el “trato igualitario es parte del derecho individual del trabajador al respeto de su dignidad personal” (Deakin y Morris, 2012).

Doctrina del instrumento vivo y los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH

Durante mucho tiempo –“cuarenta años de soledad” desde la adopción de la CADH en 1969, la cual entró en vigor en 1978–, no hubo una toma de conciencia de los derechos sociales o de la protección de los mismos por la Corte IDH de conformidad con el Artículo 26 –Desarrollo Progresivo en el Capítulo III de la CADH dedicado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales– debido a que la Corte no se decidía sobre la naturaleza y el alcance deseado del desarrollo progresivo en ese Artículo. Esta situación persistió hasta la sentencia que marcó un hito en el 2009 en el caso *Acevedo Buendía y otros [Empleados despedidos y retirados de la Contraloría] vs. Perú*, dictada un año después de la adopción del Protocolo Facultativo de la ONU sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual contempla el derecho a la presentación de peticiones individuales.

La Corte IDH decidió que el Artículo 26 se volvería completamente justiciable, haciendo referencia en su fallo al principio de indivisibilidad de los derechos y la interdependencia de los derechos de primera generación –civiles y políticos– y los de segunda generación –económicos, sociales y culturales– (Burgogue-Larsen y Übeda de Torres, 2011). La Corte IDH también hizo referencia al caso *Airey vs. Irlanda*, 1979, en el cual el TEDH observa que “no hay una división definitiva que separe [los derechos sociales y económicos] de las áreas cubiertas por el CEDH”.

Se ha indicado que este enfoque activista tomado por la Corte IDH se inspiró, hasta cierto punto, en la filosofía social de la CADH, con fuertes raíces en la historia del constitucionalismo. La Constitución mexicana de 1917 fue la primera en constitucionalizar los derechos sociales, dos años antes de la Constitución Weimar en Alemania. El enfoque activista fue confirmado en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), en el cual la Corte IDH determinó que hubo una violación del derecho al trabajo del representante de los trabajadores, dado que su despido, luego de dar una entrevista a una revista sobre las condiciones laborales, era injustificado y arbitrario.

Las decisiones de la Corte IDH arriba mencionadas demuestran que la aplicación de los derechos sociales bajo el Artículo 26 de la CADH no está ligada al Protocolo de San Salvador. Dicho Protocolo reconoce la justiciabilidad, es decir el sistema de peticiones individuales, Artículo 19.6, únicamente para dos derechos sociales: el derecho a los sindicatos bajo el Artículo 8.1 (a), y el derecho a la educación bajo el Artículo 13. Para el resto de los derechos sociales, de acuerdo al Protocolo, los Estados partes se comprometen a presentar informes periódicamente. Sin embargo, el Protocolo no contempla un procedimiento para peticiones colectivas, a diferencia del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995, que sí lo establece.

Mientras que en la jurisprudencia de la Corte IDH, la sentencia en el caso *Acevedo Buendía* fue un punto de inflexión, en la jurisprudencia del TEDH el punto de inflexión sobre los derechos sociales, particularmente el derecho a la seguridad social, fue la sentencia del caso *Gaygusuz vs. Austria*, 1996, por violación del Artículo 14 de la Convención, junto con el Artículo 1 del Protocolo No. 1. Luego de “cuarenta años de soledad”, el Protocolo No. 1 fue adoptado en 1952: “Este silencio anunciaba grandes cambios: los Artículos demasiado generales del Convenio [CEDH] fueron interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la manera menos esperada y más extensa posible” (Morvan, 2011). El TEDH resolvió en la sentencia *Gaygusuz* que “el derecho a ayuda de emergencia... es un derecho pecuniario para propósitos del Artículo 1 del Protocolo No. 1”. De esta manera, el TEDH protegió el derecho a la propiedad con respecto a los beneficios sociales. El TEDH extendió el derecho a la propiedad, bajo el Artículo 1 del Protocolo No. 1) a los beneficios sociales no contributivos en

el caso *Stec et al. vs. Reino Unido* por decisión sobre admisibilidad, 2006. Mediante esa decisión, el TEDH protegió la consistencia interna y la armonía entre varias provisiones del CEDH y de sus protocolos adicionales, confirmando su enfoque integral en la protección de los derechos humanos. Como se mencionó anteriormente, los beneficios sociales contributivos y no contributivos también son protegidos por el derecho a las garantías judiciales bajo el Artículo 6 del CEDH.

El CEDH no garantiza los derechos económicos y sociales como tales, incluyendo el derecho al trabajo, el derecho a asistencia médica gratuita y el derecho a vivienda gratis, como se indica en el caso *Pančenko vs. Latvia* (dec.), 1999, dado que los derechos sociales se establecen en la Carta Social Europea, 1961, y en la Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa, 1996, la cual tiene su propio mecanismo de supervisión: revisión de informes periódicos y procedimiento para peticiones colectivas evaluadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH le permite proteger los derechos sociales indirectamente por medio de la doctrina del instrumento vivo, por medio de la protección de los derechos civiles y políticos –ver *Airey vs. Irlanda*, 1979– debido a la interdependencia de los derechos civiles y políticos, por una parte, y de los derechos económicos, sociales y culturales por la otra (Nowak *et al.*, 2012; Dorssemont *et al.*, 2013).

Conclusión

La doctrina del instrumento vivo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye enormemente a una protección más efectiva de una amplia variedad de derechos humanos absolutos y calificados, incluyendo la protección indirecta de los derechos sociales. Esto se logra por medio de las obligaciones positivas de los Estados y la definición autónoma de ciertos términos legales, preservando el respeto a la dignidad humana y asegurando el cumplimiento del principio de subsidiariedad, el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad. La interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos está incorporada de manera inherente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por lo tanto esta contribuye significativamente a la protección y al desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Fuentes bibliográficas

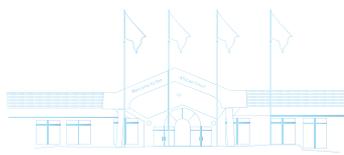
Barak, A., *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015. Bjorge, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, 2014. Bogdandy, A. von, MacGregor, E.F., Antoniazzi, M.M., Piovesan, F., Soley, X. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America - The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017. Burgorgue-Larsen, L., Übeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights - Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011. Costa, J.-P., *On the legitimacy of the European Court of Human Rights' judgments*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 7 (2), pp. 173–182, 2011. Deakin, S., Morris, G., *Labour Law*, 6th ed., Hart Publishing, Oxford, 2012. Dorssemont, F., Lörcher, K., Schömann, I. (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Bloomsbury Publishing, 2013. Dupré, C., *The Age of Dignity, Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford and Portland, Oregon, 2015. Dzehtsiarou, K., O'Mahony, C., *Evolutionary interpretation of rights provisions: a comparison of the European Court of Human Rights and U.S. Supreme Court*, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, Vol. 44 (2), p. 309, 2013. European Court of Human Rights, *Dialogue between Judges 2011, What are the Limits to the Evolutionary Interpretation of the Convention?* Strasbourg, 2011. Harris, D.J., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C., Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014. Jhering, R. von, *The Struggle for Law* (traducción de la 5ta edición en alemán), The Law Book Exchange, Clark, New Jersey, 1997. Mahoney, P., *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, p. 57, 1990. Morvan, P., *Droit de la Protection Sociale*, 5e éd., Lexis Nexis-Litec, 2011. Nowak, M., Januszewski, K., Hofstätter, T. (eds.), *All Human Rights for All – Vienna Manual on Human Rights*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Vienna/Graz, 2012. Pontifical Council for Justice and Peace at the Request of John Paul II, *Compendium of Social Doctrine of the Church*, Veritas Publications, Dublin, 2005. Raimondi, G., *Consiglio d'Europa e la Convenzione europea*

dei diritti dell'Uomo, Editoriale Scientifica, Naples, 2008. Rainey, B., Wicks, E., Ovey, C., *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014. Rota, M., *L'Interprétation des Conventions Américaine et Européenne des Droits de l'Homme*, LGDJ, Paris, 2018. Seibert-Fohr, A., *Digital surveillance, meta data and foreign intelligence cooperation: unpacking the international right to privacy*, 2018 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3168711>). Shachor-Landau, C., *The European Convention on Human Rights (ECHR) 1950, as a living instrument in the twenty-first century*, Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 45, pp. 169–189, 2015. Sicilianos, L.-A., *The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe*, SEDI/ESIL Lecture, *European Court of Human Rights*, pp. 1–13, 2015. (http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Sicilianos_speech_Translation.pdf); véase también 2 *European Human Rights Law Review*, pp. 121–135, 2016. Spano, R., *The future of the European Court of Human Rights – subsidiarity, process-based review and the rule of law*, *Human Rights Law Review*, 2018 (<https://doi.org/10.1093/hrlr/nyy015>). Spielmann, D., *Allowing the right margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?* Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 14, pp. 381–418, 2012. Sudre, F., *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 13e éd., Presses Universitaires de France – P.U.F., Paris, 2016. Tulkens, F., in *Dialogue between Judges 2011, What are the Limits to the Evolutive Interpretation of the Convention?* pp. 6–11, European Court of Human Rights, Strasbourg, 2011. Valentini, L., *Dignity and human rights: a reconceptualization*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37 (4), pp. 862–885, 2017. Weinrib, J., *Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2016. Yudkivska, G., *Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: some reflections on evolving issues under Article 1 of the European Convention*, 2016 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825208>) [en *The ECHR and General International Law*, Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds.), Oxford University Press, próxima publicación].



Elizabeth Odio Benito

Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al cambio social.
Los tratados de derechos humanos como
instrumentos vivos a la luz de la realidad.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

De la exposición y de los documentos que me fueron facilitados del profesor Bogdandy acerca de este tema, *De la interpretación de normas al cambio social, y de los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos a la luz de la realidad social*, un concepto me resultó especialmente importante acerca del mandato transformador, ya que, en mi opinión, funciona con la interpretación evolutiva.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se aprobó hace cuarenta años, pero desde el momento en que esta Corte comenzó a funcionar; desde sus primeras opiniones consultivas, y sobre todo desde el momento en que su primer sentencia, *Velásquez Rodríguez*, fue emitida, ese mandato transformador de la Corte ha venido funcionando a través de la interpretación evolutiva. Esta Corte, en todos estos años, a través de toda su jurisprudencia, ha dejado muy claro que los derechos y los instrumentos de derechos humanos no están escritos en piedra, no son mandamientos divinos que deban ser obedecidos tal y como aparece la letra de la ley, porque si así fuera, no se necesitarían ni Corte ni jueces. Así pues la Corte ha funcionado en el marco de que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y que su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

No disponemos de mucho tiempo, pero quisiera mencionar que la forma en que la Corte ha examinado, con un enfoque evolutivo, los derechos de grupos y colectivos tradicionalmente discriminados, ha sido fundamental para el cambio social. Deseo subrayar de una manera muy especial la forma en que el principio esencial de la Convención de no discriminación, que nos conecta con todos los instrumentos de derechos humanos a partir de la Declaración Universal, tiene que ser examinado con un enfoque diferencial, desde una perspectiva de género que tiene que ver con la niñez y con la diversidad. Eso es fundamental, pero desarrollarlo nos llevaría mucho tiempo. Por eso, voy a limitarme a dar tres ejemplos emblemáticos para ilustrar la forma en que la Corte ha utilizado el método interpretativo.

Un caso es relativo a la libertad de autonomía de la mujer en materia de salud sexual y reproductiva; otro caso relativo a los beneficios de la seguridad social a parejas del mismo sexo y, un tercero, relativo a los derechos de las niñas y los niños, a los cuales se les incorpora al paradigma de protección integral, como sujetos de derechos, cuando son víctimas de delitos sexuales.

En el caso de *I.V. contra Bolivia*, una sentencia del 2016, una mujer fue esterilizada en un hospital. Ella estaba refugiada en un país vecino; se la esterilizó y no se le recabó ni se obtuvo su consentimiento informado. A pesar de que el Estado dijo que sí había buscado su autorización, este hecho no fue en ningún momento probado. La sentencia que esta Corte emitió es fundamental para reconocer el derecho de las mujeres a la libertad de decidir sobre su cuerpo y su salud sin que se deje en manos de médicos ese derecho a decidir. Este es un cambio de paradigma muy importante, porque quedó claro que las mujeres tenemos el derecho a recibir información debida y oportuna y en este punto se estableció la responsabilidad del Estado. Esto se refleja en una parte de nuestras sentencias: las reparaciones, con la que la Corte ha contribuido enormemente al derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo lugar, está el caso *Duque contra Colombia*. Se trata de una pareja del mismo sexo. Uno de ellos fallece y el compañero reclama el derecho a la pensión. A pesar de que en Colombia había legislación que permitía aplicarla correctamente, se le niega la pensión. La Corte conoció el caso y reiteró que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas en virtud de la Convención Americana y se le concedió a la pareja sobreviviente el derecho a la pensión de su compañero.

Por último, está la sentencia de 2018, del caso *V.R.P. y V.P.C. y otros contra Nicaragua*. Una niña sufrió atroces violaciones y abusos sexuales por parte de su padre y al conocer el caso en los tribunales nacionales, el jurado declaró inocente al acusado y luego, ese veredicto de inocencia, fue confirmado por el juez. Cuando el caso fue enviado por la Comisión y examinado, la Corte se basó en los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño y los reforzó con medidas particularizadas y especiales, que incluyen la

protección de la víctima cuando es una niña, un niño o un adolescente, en todos los casos de violencia sexual.

La jurisprudencia de esta Corte ha abierto brechas muy importantes en el ámbito social de nuestro continente. La jurisprudencia de nuestra Corte, con perspectiva de género, ha expuesto con claridad meridiana, a partir del caso *Penal Castro Castro*, el impacto diferencial que produce una violación de derechos humanos a una mujer y a un hombre. Hay diferencias muy importantes en el impacto que se sufre y ese impacto ha sido puesto de manifiesto por nuestra Corte en sentencias muy importantes. Una de las más emblemáticas es *Campo Algodonero*, pero también están *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, así como todo un bloque de sentencias en donde se han examinado con detenimiento los diferentes impactos que tienen, sobre todo, los delitos de violencia sexual, cuando se trata de un hombre o cuando se trata de una mujer.

Desde mi punto de vista y siguiendo los planteamientos del profesor Bogdandy, es evidente el mandato transformador que tiene nuestra Convención y que se traduce con claridad en nuestra jurisprudencia. La jurisprudencia de la Corte ha ido integrando el bloque de constitucionalidad y hemos trabajado mucho en esta Corte con respecto al control de convencionalidad, de manera que nuestra jurisprudencia integre el accionar de los tribunales nacionales.-

Quiero terminar recalcando que el aporte de nuestras Cortes, tanto en América como en África y Europa, es muy importante para el cambio social. Ha abierto espacios de respeto de los derechos humanos que, antes de nuestras Convenciones y de nuestras Cortes, no existían.

No obstante, no podemos perder de vista que en estos días ha habido retrocesos en las jurisprudencias nacionales, incluso de cortes constitucionales. La sentencia de un tribunal español sobre una violación en manada a una muchacha que participaba en los festivales de San Fermín, en la que se concluye que no fue una violación sino abusos deshonestos, a mí me parece un retroceso brutal.

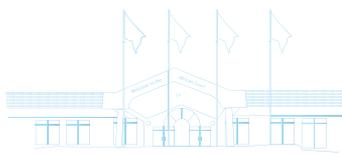
En nuestro continente tampoco estamos totalmente ajenos a ese tipo de retrocesos y ahora tenemos un problema muy serio: el fundamentalismo religioso. El fundamentalismo religioso que está eligiendo diputados y embajadores, y que eventualmente puede elegir

jueces, con lo cual parte muy importante de estos progresos sociales, sobre todo los relacionados con los derechos de las mujeres y los derechos sexuales y reproductivos, que en nuestra Corte ha tenido momentos luminosos –como el de la fecundación *in vitro* en Costa Rica– podrían perderse. Por eso son tan importantes estas reuniones y estos intercambios; por eso es tan importante que estudiemos nuestras sentencias y nuestras opiniones consultivas para mantener vivo el impacto de los derechos humanos en el cambio social.



Mónica Pinto

Profesora de la Universidad de Buenos Aires



SESIÓN 1

De la interpretación de normas al cambio social.
Los tratados de derechos humanos como
instrumentos vivos a la luz de la realidad.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Conclusiones

En primer lugar, quisiera agradecerles a todos por sus presentaciones y por haber hecho uso de la palabra. Nuestro orador principal, el señor Armin von Bogdandy, habló de la posibilidad de la interpretación judicial de las normas y de que las normas también lideren el cambio social. Para ello explicó que este mandato transformador fue recibido por Cortes regionales, como la Interamericana, después de dictaduras. El movimiento del nuevo constitucionalismo que surgió a principios de los ochenta, cuando empezaban a resurgir los gobiernos democráticos en nuestros países, abrió las puertas para largos catálogos de derechos humanos y también les dio un papel muy privilegiado a los instrumentos de derechos humanos en la jerarquía del derecho. El señor von Bogdandy propone que el tema del control de convencionalidad, al que la Corte IDH refirió en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, es una herramienta apta para poder desarrollar un *iuris* común en las Américas.

¿Qué significa este constitucionalismo transformador? El señor von Bogdandy sostiene que los derechos humanos se han convertido en un estándar muy importante. Los tres jueces que participaron y contribuyeron a esta presentación, el juez Angelo Matusse de la Corte Africana, el juez Branko Lubarda del Tribunal Europeo y la jueza Elizabeth Odio Benito de la Corte IDH, encontraron elementos comunes. Así, señalaron fallos que ampliaron los confines de cada uno de los sistemas para mejorar la interpretación de los derechos protegidos y permitir nuevas interpretaciones, que en palabras de la jueza Elizabeth Odio, son acordes a la evolución de los tiempos y a las interpretaciones de las situaciones de los individuos.

El juez Matusse, por su parte, recordó que la misión de su tribunal era reforzar la Comisión Africana y también lograr el cambio social, y se refirió a tres casos en los que la Corte, desde su punto de vista, fue agente de cambio social. Cambios estos que ocurrieron a través de enmiendas y modificaciones de la legislación nacional. El juez Lubarda enmarcó su presentación en la doctrina de los instrumentos vivos de la Corte Europea, que se remonta a los inicios de la misma.

Efectuó una distinción entre moral y valores. Como ya dijo Saint-Exupéry “lo esencial es invisible a los ojos”. La moral común y los valores también evolucionan con los tiempos. También se habló de la noción del consenso europeo para hablar del principio de subsidiariedad y del margen de apreciación.

La jueza Odio Benito dijo que el mandato del constitucionalismo transformador siempre existió y ella se refirió al primer fallo de esta Corte, *Velásquez Rodríguez*, que es un ejemplo muy ilustrativo. En ese momento no había nada listo, no había nada hecho, no existía precedente, y Latinoamérica estaba esperando un fuerte pronunciamiento de esta Corte que dijera que la práctica sistemática de las desapariciones forzadas era un crimen de lesa humanidad. Así lo hizo la Corte y la definición de desaparición forzada todavía es válida al día de hoy a pesar de que ya hay dos convenciones internacionales aplicables sobre el tema en la región. La jueza se refirió también a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y señaló como las sentencias de la Corte ampliaron las fronteras respecto del abordaje de los derechos de las mujeres, niños, niñas, de la orientación sexual e identidad de género como derechos protectores.

Todas las intervenciones cubrieron los temas del acápite que nos correspondía en esta mañana. Un comentario respecto del planteamiento del vicepresidente Vio Grossi, quien insinuó que el constitucionalismo transformador parece reposar en la primacía del derecho constitucional cuando, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debería darse prioridad al derecho internacional. Entiendo su posición porque ambos abrevamos en el derecho internacional. También concuerdo con el juez Sierra Porto, en cuanto a que el activismo judicial y la interpretación deben servir para legitimar a los jueces. Es sumamente importante que las interpretaciones hechas por estos tribunales se vean y se perciban como imparciales, independientes, como interpretaciones que se ocupan de lo que busca el ciudadano común, la persona común.



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las
Cortes Regionales.

Impacto, resistencia, dificultades y retos.

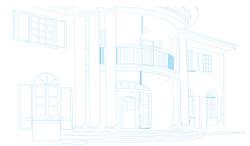
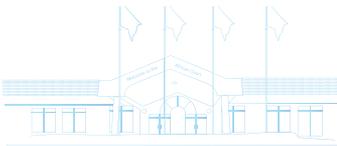




Manfred Nowak

Profesor de la Universidad de Viena

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Introducción

Con ocasión del 40 Aniversario de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana, con el apoyo de la Agencia de Cooperación de Desarrollo Alemana GIZ, invitó a los presidentes y jueces de las tres Cortes regionales de derechos humanos en las Américas, África, y Europa y organizó una conferencia extraordinaria de muy alto nivel que tuvo lugar en San José del 16 al 19 de julio de 2018. Parte de esta conferencia fue un diálogo entre las tres Cortes regionales de derechos humanos y expertos invitados el 17 de julio en la sede de la Corte Interamericana. A los expertos se les solicitó que se refirieran a ciertas preguntas desde una perspectiva comparativa. La siguiente contribución se refiere a la autoridad y legitimidad de las tres Cortes regionales, valorando su impacto pero también las resistencias, dificultades y retos actuales. Ofrece primero un breve resumen de la base y fundamento legal de las tres Cortes, seguido por un análisis estadístico comparativo; los principales retos a la autoridad y legitimidad de las Cortes y la manera en que las respectivas Cortes y organizaciones regionales involucradas han enfrentado estos retos. En las conclusiones, los retos específicos serán puestos en el contexto de la crisis global actual de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. El cierre de este artículo valorará los increíbles logros de las tres Cortes regionales de derechos humanos.

Base y fundamento legal de las tres Cortes regionales

La más vieja de las tres Cortes regionales es la Corte Europea de Derechos Humanos, ECtHR, por sus siglas en inglés. Fue creada dentro del marco del Consejo de Europa o CoE, por la Convención Europea de Derechos Humanos, CEDH, de 1950, que entró en vigencia en 1953. En ese momento, el acceso a la Corte estaba severamente restringido. Las demandas individuales eran

opcionales, es decir dependían de una declaración especial por los Estados partes respectivos, y solamente las denuncias entre Estados eran obligatorias. Ambos tipos de demandas debían ser presentadas primero a la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual decidía sobre la admisibilidad y, de hecho, declaraba la mayoría de las demandas individuales como inadmisibles. Si era declarada admisible, la Comisión adoptaba una opinión que era presentada al Comité de Ministros, el cuerpo político de mayor jerarquía del Consejo de Europa, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros del CoE o sus representantes diplomáticos en Estrasburgo, la sede del CoE y la Corte. Solamente los Estados involucrados o la Comisión, podían referir una demanda a la Corte con la condición de que el Estado parte respectivo hubiese hecho otra declaración opcional aceptando la jurisdicción de la Corte. Si el caso no era o no podía ser referido a la Corte, el Comité de Ministros decidía por mayoría calificada si el Estado parte respectivo había o no violado la CEDH. Aun cuando el 60% de los Estados miembros del CoE estaban a favor de declarar una violación, ¡la decisión oficial era “no-violación”! En otras palabras, los Estados podían volverse parte de la CEDH sin aceptar el derecho a demanda individual ni la jurisdicción de la Corte. Turquía, por ejemplo, se había convertido en Estado parte a principios de la década de 1950 sin realizar ninguna de las dos declaraciones opcionales. La única posibilidad de someter la situación de los derechos humanos en Turquía a supervisión, por parte de los cuerpos de monitoreo de Estrasburgo, era una demanda entre Estados, que de hecho fue presentada por Dinamarca, Francia, los Países Bajos, Noruega y Suecia en 1982, durante el tiempo de una dictadura militar con violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. Fue solamente como resultado de una solución amistosa ante la Comisión que Turquía finalmente aceptó el derecho a la demanda individual y la jurisdicción de la Corte.

Este “modelo europeo”, que ilustra el miedo de los Estados a perder su soberanía si su situación doméstica de derechos humanos era sometida al escrutinio de cuerpos independientes de monitoreo o aun a una sentencia legalmente vinculante de una Corte regional de derechos humanos, fue seguido después por otras regiones. En 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH,

fue adoptada por la Organización de Estados Americanos, OEA, la cual entró en vigencia en 1978. Esta Convención siguió el “sistema de dos enfoques” de la CEDH y le confió a la ya existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos el manejo de las demandas individuales obligatorias y las demandas entre Estados opcionales. Al igual que con el modelo europeo, los casos solo pueden ser referidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los Estados respectivos o por la Comisión, bajo la condición de que el Estado involucrado haya hecho una declaración bajo el Artículo 62 de la CADH. Por lo tanto, no hay ningún acceso directo por parte de los individuos a la Corte Interamericana.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, AfChHPR o Carta de Banjul, fue adoptada en 1981 por la Organización para la Unidad Africana, OUA, la antecesora de la Unión Africana, UA. Entró en vigencia en 1986, pero era aún más débil, ya que no creaba una Corte Africana. Además de las comunicaciones entre Estados, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos puede lidiar con una variedad de “otras comunicaciones” según el Artículo 55, las cuales pueden ser presentadas por individuos o las ONG. En 1998, se adoptó el Protocolo a la Carta de Banjul y el mismo entró en vigencia en el 2004; crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, AfCtHPR por sus siglas en inglés, y establece que los casos pueden ser sometidos a la Corte por la Comisión, los Estados respectivos y las Organizaciones Africanas Intergubernamentales. Además, los Artículos 5(3) y 34(6) del Protocolo le permiten a los Estados hacer una declaración opcional para que los individuos y las ONG tengan acceso directo a la Corte. En 2008, la UA adoptó otro Protocolo que prevé la fusión de la AfCtHPR y la Corte Africana de Justicia, pero este Protocolo aún no ha entrado en vigor.

Con la entrada en vigor del Protocolo Adicional 11, PA, a la CEDH en 1998, se abolió el “sistema de dos enfoques” en Europa a favor de una Corte Europea de Derechos Humanos permanente y de tiempo completo. Se abolió la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos, así como todas las cláusulas opcionales y el rol del Comité de Ministros para decidir sobre las demandas. Esto significa que la nueva Corte Europea decide tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo de las demandas entre Estados e individuales, y el Comité

de Ministros supervisa la ejecución de las sentencias de la Corte. Por lo general, la Corte conoce los casos en salas de siete jueces, únicamente casos extremadamente importantes son conocidos por la Gran Sala de 17 jueces. Las decisiones claras de inadmisibilidad pueden también ser tomadas por un Comité de tres jueces. Con la entrada en vigor del 14 PA, el procedimiento fue simplificado y se introdujeron los jueces únicos¹. Hasta el momento, este “nuevo modelo europeo” no ha sido copiado en ninguna otra región.

En la práctica, la Corte Europea de Derechos Humanos a tiempo parcial fue establecida en 1959 en Estrasburgo; la Corte Europea de tiempo completo en 1998, mientras que la Corte Interamericana fue establecida en 1979 en San José y la Corte Africana en el 2006 en Arusha. De las tres organizaciones regionales, actualmente la UA es la más grande con 55 Estados miembros, seguido por el CoE con 47 y la OEA con 35 Estados miembros. De los 55 Estados miembros de la UA –todos excepto Marruecos– 54 han ratificado la Carta Africana, pero solamente 30 ratificaron el Protocolo que estableció la Corte Africana; y solamente 8 Estados aceptan el acceso directo de los individuos y las ONG a la Corte: Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Costa de Marfil, Benín y Túnez. Ruanda incluso retiró su aceptación previa de esta posibilidad en el 2016. De los 35 Estados miembros de la OEA, actualmente solo 23 son parte de la CADH. Los Estados Unidos, Canadá y varios Estados caribeños nunca ratificaron la CADH, mientras que Trinidad y Tobago y Venezuela se retiraron posteriormente. De estos 23 Estados partes, solamente 20 aceptan la jurisdicción vinculante de la Corte según el Artículo 62 de la CADH. Por otro lado, los 47 Estados miembros del CoE, incluyendo Turquía y la Federación Rusa, son parte de la CEDH; incluso el CoE le pide a nuevos Estados miembros ratificar la CEDH como requisito de entrada. Esto significa que alrededor de 800 millones de seres humanos que viven en los 47 Estados miembros del CoE tienen derecho a presentar una demanda individual de forma directa ante la ECtHR.

Mientras que la Corte Interamericana consiste de solamente 7 jueces y la Corte Africana de 11, cada uno de los 47 Estados miembros

1 Ver abajo en el punto 6.

actuales del CoE está “representado” por un juez en la Corte Europea que opera tiempo completo. Como principio, el Artículo 26(4) de la CEDH requiere que el juez nacional electo para un Estado, contra el cual se ha presentado una demanda, se sienta *ex officio* en la Sala respectiva que oye el caso, así como en la Gran Sala. Por el contrario, el Artículo 22 del Protocolo a la AfChHPR explícitamente les prohíbe a los jueces conocer de un caso contra el Estado del cual ellos son nacionales. El Artículo 55 de la CADH es algo ambiguo sobre este tema controversial, pero en el 2009 la Corte Interamericana, en una Opinión Consultiva, interpretó esta norma en el sentido de que a los jueces también debiera prohibírseles participar en las deliberaciones de los casos contra el Estado del cual ellos son nacionales².

Jurisdicción de las tres Cortes regionales

La principal tarea de las Cortes regionales de derechos humanos es su *jurisdicción contenciosa*, es decir, decidir de manera definitiva y legalmente vinculante las demandas individuales y entre Estados, y en el caso de la Corte Africana también las comunicaciones presentadas por las ONG como forma de *actio popularis*.

Esto es lo que distingue a las Cortes regionales de derechos humanos de los cuerpos no judiciales o cuasi-judiciales, tales como todos los cuerpos de monitoreo de tratados de las Naciones Unidas o las Comisiones Interamericana y Africana de Derechos Humanos. Mientras los Artículos 32 de la CEDH y 62 de la CADH restringen la jurisdicción contenciosa de estas dos Cortes a todos los asuntos referentes a la interpretación o aplicación de las Convenciones respectivas –CEDH y CADH–, el Artículo 3 del Protocolo a la Carta de Banjul es más amplio y faculta a la Corte Africana para decidir sobre “todos los casos y disputas presentadas ante ella respecto a la interpretación y aplicación de la Carta, este Protocolo y cualquier otro instrumento de Derechos Humanos relevante ratificado por los Estados interesados.”

2 Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 20/09 del 29 de setiembre de 2009. Para una valoración de las diferentes soluciones a esta pregunta, ver abajo en el punto 7.

Además, las tres Cortes regionales tienen *competencia consultiva*. Según el Artículo 64 de la CADH, todos los Estados miembros de la OEA y ciertos órganos de la OEA, podrán consultarle a la Corte Interamericana respecto a la interpretación de la CADH “u otros tratados referentes a la protección de derechos humanos en los estados americanos.” Adicionalmente, la Corte podrá ofrecerle a los Estados miembros de la OEA opiniones consultivas sobre la compatibilidad de cualquiera de sus leyes domésticas con la CADH y “otros tratados”³. De forma similar, el Artículo 4 del Protocolo a la Carta de Banjul faculta a la Corte Africana a emitir una opinión consultiva respecto a la Carta o cualquier otro instrumento de derechos humanos relevante a solicitud de un Estado miembro de la UA, cualquier órgano de la UA o cualquier organización africana reconocida por la UA. En comparación, el Artículo 47 de la CEDH es mucho más restrictivo: solamente el Comité de Ministros del CoE podrá solicitarle a la Corte Europea que emita opiniones consultivas sobre cuestionamientos legales referentes a la interpretación de la CEDH y sus Protocolos Adicionales, pero no de “otros tratados.” Sin embargo, el Artículo 1 del 16 PA a la CEDH de 2013, que entró a regir el 1 de agosto de 2018, faculta a los tribunales superiores de los Estados partes, en el contexto de un caso pendiente ante ellos, a solicitarle a la Corte Europea que emita una opinión consultiva sobre preguntas de principios referentes a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en la CEDH y sus PA.

Mientras que la *supervisión de la ejecución de los fallos* de las Cortes Europea y Africana es encomendada a los cuerpos políticos de mayor nivel, específicamente el Comité de Ministros del CoE y la Asamblea y Consejo de Ministros de la UA, la Corte Interamericana deberá supervisar por sí misma la ejecución de sus fallos por parte de los Estados miembros de la OEA.

3 Referente al significado de “otros tratados”, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982.

Estadísticas de casos, sentencias y violaciones halladas

La siguiente tabla estadística comparativa se basa en las cifras más recientes suministradas por las tres Cortes regionales en su sitio web respectivo y, además, por representantes de las tres Cortes al autor durante la Conferencia de San José, en julio de 2018.

	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	Corte Europea de Derechos Humanos
Cantidad total de demandas	276 (1979 – julio 2018)	178 (2006 – junio 2018)	816.150 (1959 – junio 2018)
Cantidad total de casos decididos	237 casos decididos con 354 sentencias (1979 – julio 2018)	58 (2006 – junio 2018)	780.151 (1959 – junio 2018)
Cantidad total de casos con una decisión sobre el fondo	233	19 (2006 – junio 2018), de los cuales, 17 sobre la base del acceso directo	21.662 sentencias (1959 – junio 2018)
Cantidad total de sentencias en las que se halló al menos 1 violación	229 (96,5% de todos los casos)	18 (2006 – junio 2018) 95% de todas las sentencias	17.304 sentencias (1959-2017) 80% de todas las sentencias
Cantidad total de opiniones consultivas	25	12	3 (El 16 PA establece la posibilidad de que los tribunales superiores domésticos soliciten opiniones consultivas)

Estas estadísticas muestran discrepancias considerables. Durante los casi 60 años de su existencia, más de 800.000 demandas han sido presentadas ante la Corte Europea, la cual decidió más de 780.000 de ellas y emitió más de 21.000 sentencias. En más de 17.000 de estas sentencias –aproximadamente 80%– la Corte Europea halló al

menos una violación de la CEDH. Alrededor de 40% de todas las sentencias hacían referencia a tres Estados partes, específicamente Turquía (3.386 sentencias hasta el final del 2017), Italia (2.382 sentencias) y la Federación Rusa (2.253 sentencias). En 2017, la mayoría de las sentencias se referían a la Federación Rusa (305), seguida por Turquía (116), Ucrania (87) y Rumanía (69). Mientras que la “antigua” Corte Europea emitió durante los 40 años de su existencia, hasta 1998, un total de 837 sentencias, la “nueva” Corte Europea emite más de 1.000 sentencias por año, las cuales de hecho se refieren a miles de demandas individuales. En más del 50% de todas las sentencias de la Corte Europea se hallaron violaciones a los Artículos 6 –derecho a garantías judiciales– y 5 –derecho a la libertad personal–, seguido por el derecho a la propiedad en el Artículo 1 del 1er PA –casi 12%– y la prohibición de la tortura, tratamiento o castigo inhumano o degradante en el Artículo 3 –casi 9%–. En años recientes, las violaciones graves a los derechos a la vida, Artículo 2, e integridad personal, Artículo 3, han aumentado significativamente, en especial en relación con la Federación Rusa y Turquía. ¡En el 2016, más de un cuarto de todas las sentencias se referían a violaciones de estas dos importantes disposiciones! Una gran cantidad de sentencias contra países como Croacia, Grecia, Hungría, Polonia, Rusia o Ucrania se refieren a condiciones deplorables de encarcelamiento. Más de la mitad de los casos actualmente pendientes han sido presentados contra cuatro Estados, específicamente Ucrania, Turquía, Hungría y la Federación Rusa, seguidos por Rumanía e Italia. En años recientes, una creciente cantidad de demandas individuales y entre Estados se refieren a conflictos armados, por ejemplo, entre Rusia y Georgia y entre Rusia y Ucrania; y al terrorismo y a violaciones a los derechos humanos en el contexto de estados de emergencia en Europa. Por último, la crisis económica y la actual crisis migratoria europea y las políticas de refugiados ocasionaron una afluencia de demandas individuales⁴.

4 Para un análisis más detallado sobre estas tendencias, ver Christina Binder, “Retos al Acceso a la Justicia ante las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos”, en Helen Ahrens/Horst Fischer/Verónica Gómez/Manfred Nowak, *Acceso Igualitario a la Justicia para Todos y la Meta 16 de las Metas*

En comparación con estas impresionantes cifras, las estadísticas relevantes de las otras dos Cortes regionales se ven muy modestas. En los aproximadamente 40 años de su existencia, la Corte Interamericana recibió un total de 276 demandas y resolvió 237 casos con 354 sentencias, sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones. De los 233 casos en los que se decidió sobre el fondo, en 229 casos (96,5%) se halló al menos una violación a la CADH. En años recientes, la cantidad de demandas recibidas por año aumentó a 9 en el 2008 y a 23 en el 2011. Hasta el final de 2017, la mayor cantidad de casos decididos por la Corte Interamericana se refería a Perú (42), seguido por Guatemala (24), Ecuador (21), Venezuela (20), Colombia (18), Argentina (17) y Honduras (13). Muchas de estas sentencias establecen violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos durante el tiempo de las dictaduras militares en América Latina, tales como desapariciones forzadas, tortura y ejecuciones arbitrarias. Otras sentencias importantes se refieren a las leyes de amnistía y los derechos de los indígenas⁵.

Durante los 12 años de su existencia, un total de 178 demandas han sido presentadas a la Corte Africana, que hasta este momento ha decidido en 58 casos. De estos, 19 casos fueron decididos sobre el fondo, de los cuales solamente 2 fueron referidos por la Comisión Africana, mientras que 17 fueron presentados directamente por los demandantes y 3 casos fueron declarados inadmisibles; todas las otras decisiones se basaron en la falta de jurisdicción de la Corte⁶. La evidente mayoría de todos los casos han sido presentados directamente por prisioneros en el corredor de la muerte contra Tanzania.

Las estadísticas sobre la cantidad de opiniones consultivas ofrecen un panorama opuesto. Mientras que la Corte Interamericana ha emitido hasta ahora 25 opiniones consultivas, muchas de las cuales fueron de gran importancia para la interpretación de la CADH, y la Corte

de Desarrollo Sostenible: Retos para América Latina y Europa, Münster 2018 (impreso).

5 *Ibid.*, 13. Ver también Corte IDH/GIZ, *40 años protegiendo derechos. Algunos hechos y cifras*, San José 2018.

6 Ver Frans Viljoen, “*Entendiendo y Superando Retos en el Acceso a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*”, en 67 ICLQ 2018, 63 (67).

Africana ya ha publicado 12 opiniones consultivas en 12 años, ¡la Corte Europea solamente ha emitido 3 opiniones consultivas en los 60 años que tiene de existir! Sin embargo, esta situación cambiará ya que los tribunales superiores domésticos en los Estados europeos pronto van a comenzar a solicitar opiniones consultivas de la Corte de Estrasburgo conforme al Artículo 16 del Protocolo Adicional a la CEDH.

Retos a la autoridad y legitimidad de las tres Cortes

Las anteriores estadísticas ya demuestran que el principal reto para la Corte Europea es el elevado número de demandas que en la actualidad resultan en un trabajo pendiente considerable de unos 80.000 casos⁷ y una presión sobre la Corte para que sea más efectiva. Hay varias razones para esta cantidad impresionante de más de 800.000 demandas y más de 20.000 sentencias. En primer lugar, todos los aproximadamente 800 millones de habitantes de los 47 Estados miembros del CoE, incluyendo la Federación Rusa y Turquía, tienen derecho a presentar demandas de forma directa ante la Corte una vez que hayan agotado todos los recursos domésticos relevantes. En segundo lugar, durante los aproximadamente 60 años de su existencia, la Corte Europea se ha creado la reputación de ser una corte altamente profesional que ofrece una solución efectiva a las víctimas individuales de las violaciones a los derechos humanos con sentencias que, por lo general, son cumplidas por los Estados partes respectivos. Por lo tanto, a menudo la Corte Europea es vista como una “víctima de su propio éxito.” Tercero, la CEDH es aplicable de forma directa en la mayoría de los Estados miembros del CoE. Esto es bien sabido por las víctimas y abogados por lo que, correctamente, la consideran la “Carta Magna de Europa”. Al mismo tiempo, los recursos domésticos en muchos de los Estados miembros, sobre todo la Federación Rusa, Turquía, Ucrania, Moldavia, Rumanía, Hungría y otros Estados de Europa Central y Oriental, no están funcionando de manera efectiva y, por lo tanto, no están ofreciendo

⁷ Binder, *op. cit.*, 5.

un remedio efectivo a muchas de las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Por último, con la reciente respuesta negativa a los derechos humanos, la situación actual de los mismos en Europa se está deteriorando y hasta las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos parecen ir en aumento.

Aunque la situación de los derechos humanos en las Américas y África no es mejor que en Europa, la cantidad total de demandas presentadas a las otras dos Cortes regionales sigue siendo muy baja y definitivamente no es representativa de la situación actual. Nuevamente, hay varias razones para este bajo resultado. Primera, solamente poco más de la mitad de todos los Estados miembros de la OEA y la UA han ratificado los tratados respectivos y aceptado la jurisdicción de las Cortes Interamericana y Africana. Segunda, no hay un acceso directo de las víctimas a la Corte Interamericana, y la Comisión Interamericana, aun después de haber modificado sus Reglas Procesales en el 2001,⁸ es muy reacia a remitir los casos a la Corte⁹. En África, la situación no es mucho mejor: la Comisión Africana solamente le ha presentado unos pocos casos a la Corte y solo 8 de los 30 Estados partes del Protocolo a la Carta de Banjul –Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Costa de Marfil, Benín y Túnez– han aceptado el derecho de acceso directo a la Corte según el Artículo 34(6) del Protocolo. Ruanda incluso retiró su declaración respectiva en el 2016.

Aun cuando la cantidad de demandas muestra discrepancias significativas entre la Corte Europea por un lado y las otras dos Cortes por el otro, hay otros retos que aplican de forma similar a las tres Cortes. Una es el cumplimiento limitado de las sentencias por parte de los Estados. La Corte Interamericana es conocida por sus órdenes de reparación detalladas y de amplio alcance, que en principio es uno de los activos de la Corte, ya que tienen un fuerte impacto aun con un cumplimiento parcial. Pero es bastante difícil ofrecer estadísticas

8 Las RoP modificadas de la Comisión Interamericana indican que, en principio, los casos deben ser referidos a la Corte si el Estado involucrado ha aceptado su jurisdicción y no cumple con las recomendaciones de la Comisión.

9 Christina Binder, *op. cit.* at 17, habla en este sentido de una “cierta rivalidad entre la Comisión y la Corte”.

confiables sobre el cumplimiento de los Estados. Sin embargo, se reporta un cumplimiento completo en solo alrededor del 10% de todos los casos y un cumplimiento parcial en 83% de los casos. Con respecto a los remedios específicos, la tasa de cumplimiento es de alrededor del 34%¹⁰. Al observar la Corte Africana, la cantidad de sentencias es aún tan pequeña que la tasa de cumplimiento todavía no es muy concluyente. De las 19 sentencias emitidas hasta ahora, se reporta cumplimiento completo únicamente respecto a dos casos contra Burkina Faso, mientras que Tanzania cumplió de forma parcial en un caso. En lo que se refiere a las otras 16 sentencias (84%), aún no hay cumplimiento. Aunque la Corte Europea ha sido famosa durante mucho tiempo por su tasa de cumplimiento altamente satisfactoria, desafortunadamente esto va de caída. A pesar de que los Estados les pagaron una compensación a las víctimas en alrededor del 65% de todos los casos, según las estadísticas del 2016, el cumplimiento con órdenes más específicas de la Corte se ha reportado únicamente en 37% de todos los casos¹¹. Más de 10.000 casos aún están a la espera de supervisión por el Comité de Ministros.

Otro reto, sobre todo para la Corte Interamericana, es su limitado presupuesto. Mientras que la Corte Europea tiene un presupuesto de USD 71,670.500, en 2018, y la Corte Africana de USD 10,386.101, en 2016, la Corte Interamericana no tiene más que USD 4,412.793, en 2017, a su disposición. Solamente 62,4% de su presupuesto general es provisto por la OEA; el resto, que representa más de un tercio, es obtenido de contribuciones voluntarias de los Estados y donantes internacionales.

Este financiamiento extremadamente limitado muestra una significativa falta de respeto por parte de los Estados americanos en lo que se refiere al trabajo de la Corte Interamericana¹². Esta situación se ve exacerbada por una creciente oposición política de ciertos Estados contra la práctica de la Corte, la cual es considerada como una restricción indebida a la soberanía del Estado. Por ejemplo, Trinidad y Tobago

¹⁰ Ver *ibid.*, 18 con referencias adicionales.

¹¹ *Ibid.*, 7 con referencias adicionales.

¹² *Ibid.*, 17.

y Venezuela, en reacción a ciertas sentencias de la Corte, incluso se retiraron de la CADH. Perú y República Dominicana también han cuestionado la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, la situación no es mucho mejor en las otras dos regiones. Tanzania, por ejemplo, se negó abiertamente a implementar órdenes de medidas provisionales, específicamente a no ejecutar a prisioneros en el corredor de la muerte mientras sus casos estuvieran pendientes ante la Corte Africana, y Ruanda recientemente retiró su declaración, la cual le había brindado a las víctimas acceso directo a la Corte¹³. Aún en Europa, ciertos gobiernos se están negando abiertamente a implementar las sentencias de la Corte Europea con las que difieren. Por ejemplo, el Reino Unido y Rusia criticaron fuertemente las sentencias que habían encontrado violaciones al derecho al voto, Artículo 3 del PA 1 a la CEDH, de los convictos. El Gobierno británico incluso amenazó con retirarse de la CEDH, mientras que la Federación de Rusia recientemente decidió dejar de pagar sus contribuciones financieras al CoE¹⁴, lo cual también tiene consecuencias serias para la Corte. Sin embargo, algunos de los Estados miembros “viejos” del CoE también han manifestado su oposición política a la “interpretación dinámica” de la CEDH por parte de la Corte. Durante sus años respectivos en la presidencia del CoE, el Reino Unido y Dinamarca han mostrado una fuerte oposición a la Corte y han presionado para lograr restricciones significativas de su libertad y competencias¹⁵. Un resultado de estas iniciativas fue la adopción del PA 15 a la CEDH en 2013, que explícitamente agregó la doctrina del “margen de apreciación”, que había sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte a lo largo de décadas, como un “derecho” de los Estados partes.

Por último, las tres Cortes regionales también enfrentan una cierta competencia con cortes subregionales. En África, ciertas cortes

13 Para una discusión detallada de los casos ante la Corte Africana y el cumplimiento de los Estados Africanos con las sentencias de la Corte, ver Frans Viljoen, *op. cit.*, 65.

14 Ver Norbert Paul Engel “*Russland testet das Rückgrat des Europarates / Einstellung der Beitragszahlungen zum Haushalt des Europarates als politisches Druckmittel*”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 2017, 720-722.

15 Ver Binder, *op. cit.*, 8.

subregionales, tales como la Corte de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, CEDEAO/ECOWAS por sus siglas en francés e inglés; el Tribunal SADC y la Corte EA de Justicia, han sido encargadas con un mandato específico de derechos humanos, que podría llevar a ciertos Estados miembros de la UA a no ratificar el Protocolo a la Carta de Banjul o por lo menos, a no aceptar el acceso directo de las víctimas a la Corte Africana. Juntas, estas tres cortes subregionales han conocido 56 casos de derechos humanos en los últimos años, que han resultado en 25 sentencias que hallaron violaciones a los derechos humanos¹⁶. Aunque también hay varias cortes subregionales en el hemisferio americano, tales como la Corte del Mercosur, la Corte de la Comunidad Andina, la Corte Centroamericana o la Corte Caribeña, estas no parecieran tener una jurisdicción específica respecto a los derechos humanos. Aunque la Corte de Justicia de la Unión Europea tiene el poder de aplicar la CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que en gran medida fue modelada con base en la CEDH, no parece haber mucha competencia entre las Cortes de Estrasburgo y Luxemburgo¹⁷. Sin embargo, en su reciente Opinión Consultiva sobre el acceso de la UE a la CEDH, la Corte de la UE ha bloqueado la adhesión de la UE,

16 Ver el análisis detallado por Daniel Abebe, “¿Marca alguna diferencia la ley internacional de derechos humanos en las Cortes Africanas?”, 56 Revista de Virginia sobre Legislación Internacional 2017, 527 a 555.

17 Ver, Emma Lehtinen, *La Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos: Una compleja interacción y coexistencia entre las dos cortes*, Blog posterior al Taller sobre la Corte Europea de Derechos Humanos, Tampere 2015 del 7 de marzo de 2016, <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/> (visitado por última vez el 27 de agosto de 2018); Federico Fabbrini/Joris Larik, “El Pasado, Presente y Futuro de la Relación entre la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos”, Anuario de Legislación Europea, Volumen 35, Edición 1, 1 de diciembre de 2016, 145–179; Sybe A. De Vries, “UE y CEDH: ¿Conflicto o Armonía?”, *Jornal Legal de Utrecht*, Volumen 9, Edición 1 (Enero) 2013, 78-79; Dean Spielmann, “El Diálogo Judicial entre la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos o cómo seguir siendo buenos vecinos después de la Opinión 2/13”, *Lectura FRAME*, Bruselas, 27 de marzo de 2017, http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2017/03/ECHRCJUEdialog.BRUSSELS.final_.pdf (visitado por última vez el 27 de agosto de 2018).

lo cual fue visto en parte como un intento para evitar una situación donde la Corte de Estrasburgo pudiera estar en posición de desestimar una sentencia de la Corte de Luxemburgo¹⁸.

Reacciones a estos retos

En Europa, se han tomado muchas acciones para lidiar con el problema de la gran cantidad de procesos y casos atrasados ante la Corte de Estrasburgo. La más importante fue la adopción del PA 14 a la CEDH en 2004 pero que no logró entrar en vigor hasta 2010 debido a la obstrucción rusa. El mismo introdujo la posibilidad de nombrar *jueces únicos* para declarar inadmisibles o rechazar demandas individuales según el Artículo 27 de la CEDH “en aquellos casos donde dicha decisión pueda tomarse sin más análisis”. Hoy, la clara mayoría de todas las demandas son manejadas por jueces únicos en este procedimiento simplificado. Según el Artículo 26(3) de la CEDH, los jueces nacionales son excluidos de conocer de las demandas contra su propio Estado como jueces únicos. Como segunda acción, los Comités de tres jueces, que originalmente eran competentes únicamente para declarar los casos inadmisibles, ganaron también la competencia, según el Artículo 28(1)(b) de la CEDH, para emitir, por voto unánime, una sentencia sobre el fondo si la pregunta subyacente en el caso ya ha sido “objeto de jurisprudencia bien establecida por la Corte.” Tercera, se agregó, en el Artículo 35(3)(b) de la CEDH, un nuevo fundamento para declarar la inadmisibilidad de forma tal que las demandas pueden declararse inadmisibles si el demandante no ha sufrido una “desventaja significativa”. Por último, el procedimiento para la supervisión de la ejecución de sentencias ha sido mejorado al fortalecer la interacción entre el Comité de Ministros y la Corte. Según el Artículo 46 de la CEDH, el Comité de Ministros podrá, por

18 Corte de Justicia de la Unión Europea, Opinión consultiva 2/13 del 18 de diciembre de 2014; Elisabeth Steiner/Ioana Ratescu “*El Camino Largo a Estrasburgo. El Impacto de la Opinión de la CJUE sobre la Adhesión de la UE a la CEDH*”, 15 Anuario Europeo sobre Derechos Humanos, 51-60; Maria Berger/Clara Rauchegger “*Opinión 2/13: Múltiples Obstáculos a la Adhesión de la UE a la CEDH*”, 15 Anuario Europeo sobre Derechos Humanos, 61-76.

mayoría calificada, referir los problemas de interpretación de una sentencia de vuelta a la Corte para una determinación sobre el tema de interpretación, y podrá presentar procedimientos por infracción ante la Corte contra los Estados que no cumplen con sus sentencias. Dichos procedimientos por infracción han sido presentados, por ejemplo, contra Azerbaiyán¹⁹.

Además del Artículo 14 del Protocolo Adicional, la Corte de Estrasburgo ha iniciado por sí misma en 2004 un procedimiento piloto de sentencias que ha sido exitoso en el caso de problemas estructurales en un país en particular. La Corte le indica a los Estados respectivos qué medidas deben tomar para solucionar dichos problemas estructurales y al mismo tiempo suspende todos los casos similares. Las sentencias piloto son priorizadas por el Comité de Ministros junto con otros casos importantes en la supervisión de la ejecución de sentencias; este procedimiento de supervisión mejorada parece resultar en una mejor tasa de cumplimiento²⁰.

El procedimiento piloto de sentencias y la mayor atención prestada a la ejecución nacional de las sentencias busca abordar las causas que están a la raíz de la gran cantidad de demandas, es decir, el no funcionamiento de los sistemas domésticos para la protección de derechos humanos. Esto se ilustra también con el creciente número de casos en los que la Corte Europea halló una violación del derecho a un recurso doméstico efectivo en el Artículo 13 de la CEDH. Por lo tanto, la Corte entabla más diálogos con los tribunales nacionales²¹. Esta tendencia positiva se verá fortalecida, sin duda, por la posibilidad que tendrán los tribunales nacionales superiores de solicitar opiniones consultivas a la Corte de Estrasburgo según el Artículo 16 del Protocolo Adicional a la CEDH, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018.

Esta mayor interacción entre las cortes regionales y nacionales puede observarse también en las otras dos regiones. En especial, la Corte Interamericana ha desarrollado, desde 2001, dos procedimientos

19 Ver Binder, *op. cit.*, 23.

20 *Ibid.*, 21.

21 *Ibid.*, 23.

que requieren que las cortes nacionales apliquen la CADH y su propia jurisprudencia vinculante de forma directa²². En una variedad de casos importantes contra Perú y Chile, la Corte declaró que las leyes locales de amnistía violaban la CADH y eran, por lo tanto, nulas y sin valor. Al darles efecto directo a estas sentencias, la Corte obligó a los tribunales nacionales a dejar de aplicar dichas leyes de amnistía. La jurisprudencia fue aceptada por los tribunales domésticos y dio lugar a una nueva ola de acusaciones penales contra algunos de los principales infractores de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos durante el periodo de las dictaduras militares. Además, la Corte de San José les pidió a los tribunales nacionales que ejercieran un “control de convencionalidad” en situaciones en las que el legislador nacional no enmendara las leyes nacionales deficientes violatorias de la CADH. Ambas formas de control normativo le encomiendan a las cortes y jueces domésticos darle un efecto directo a la CADH y ejercer un tipo de control constitucional sobre las leyes domésticas. Adicionalmente, al solicitarle a los Estados que informen sobre el cumplimiento y al realizar audiencias privadas con tribunales domésticos y otros interesados a nivel nacional, la Corte Interamericana ha aumentado su interacción con tribunales nacionales y ha fortalecido su rol en la supervisión de la ejecución de sus sentencias y órdenes de reparación de amplio alcance según el Artículo 63 de la CADH²³.

La Corte Africana, por su parte, ha iniciado un diálogo similar con cortes nacionales y subregionales cada dos años con el objetivo de delegar la implementación de sus sentencias a niveles doméstico y regional.

Los otros problemas estructurales y retos arriba indicados, tales como el bajo número de casos ante las Cortes Interamericana y Africana, las severas limitaciones presupuestarias y la creciente oposición por parte de los Estados a la supervisión por Cortes Regionales de Derechos Humanos son mucho más difíciles de tratar, ya que son síntomas de una respuesta negativa más general contra la

22 *Ibid.*, 29.

23 *Ibid.*, 28.

democracia, el estado de derecho y los derechos humanos en todas las regiones del mundo.

Conclusiones

La actual crisis del multilateralismo y la creciente oposición de gobiernos autoritarios y populistas en todas las regiones del mundo a los valores fundamentales e interrelacionados de la democracia pluralista, el estado de derecho y los derechos humanos, tiene un impacto profundo en la autoridad, legitimidad, aceptación, financiamiento y buen funcionamiento de las Cortes Regionales de Derechos Humanos en las Américas, África y Europa. Para poder lidiar de manera efectiva con estos alarmantes problemas, dificultades y retos, los líderes mundiales tendrían que abordar las causas más profundas de las actuales crisis globales y financieras, el cambio climático, los conflictos armados, Estados fallidos y frágiles, la creciente desigualdad económica, pobreza, migración global y flujos de refugiados, crimen organizado, terrorismo, radicalización, extremismo, populismo y el nuevo autoritarismo. En mi opinión, no hay ninguna duda que la globalización impulsada por las políticas económicas neoliberales y sus efectos en un orden mundial económico y social extremadamente injusto es una de las principales causas fundamentales de todos estos síntomas interrelacionados de crisis²⁴. Sin embargo, los líderes políticos parecen estar más preocupados por responder vehementemente a los síntomas de estas crisis, tales como el terrorismo, la migración global y los flujos de refugiados, en lugar de abordar las causas que están en la raíz. Esto produce un peligroso círculo vicioso que fortalece las tendencias nacionalistas y las políticas de poder bilateral, aunque debiera ser evidente que estas crisis globales solo pueden solucionarse al fortalecer, en lugar de debilitar, los organismos internacionales y el multilateralismo

24 Cf, Manfred Nowak, *Menschenrechte - Eine Antwort auf die wachsende ökonomische Ungleichheit (Derechos Humanos – Una Respuesta a la Creciente Desigualdad Económica)*, Hamburgo/Wien 2015; Manfred Nowak, *Derechos Humanos o Capitalismo Global – Los Límites de la Privatización*, Filadelfia 2017.

en general. Mientras no se reviertan estas políticas peligrosas y con poca visión de futuro, y no se realicen esfuerzos comunes a nivel internacional para abordar las causas profundas de estas múltiples crisis, los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho seguirán estando bajo ataque.

No hace falta decir que, bajo estas condiciones, es extremadamente difícil mejorar el funcionamiento de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y las Cortes Regionales de Derechos Humanos. Si los líderes nacionalistas en el Reino Unido han forzado a los británicos al Brexit de la Unión Europea y amenazan con retirarse de la CEDH, es difícil mejorar la aceptación de las sentencias de la Corte Europea por las personas y los medios nacionalistas en ese país, que en el pasado fue la cuna de la democracia y los derechos humanos en el mundo. Lo mismo aplica si los líderes nacionalistas en la Federación Rusa, Turquía, Hungría o Polonia atacan abiertamente a la Corte de Estrasburgo, y Rusia suspende sus contribuciones financieras al CoE. Contra las políticas de “América Primero” en otro país que alguna vez fue visto como un pionero de la democracia y los derechos humanos en el mundo, va a ser difícil abogar por una rápida ratificación de la CADH y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana. Después de que los líderes nacionalistas en Venezuela decidieron retirarse de la CADH, poco puede hacerse para fortalecer el impacto de la Corte de San José en la deplorable situación de los derechos humanos en este país. Lo mismo aplica para Ruanda después de que las políticas nacionalistas llevaron al retiro del derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a acceder de forma directa a la Corte Africana.

A pesar de esta respuesta negativa general, también podemos observar ciertos desarrollos positivos y acciones realizadas para abordar algunos de los otros retos al buen funcionamiento de las Cortes Regionales de Derechos Humanos. En Europa, el reto más grande sigue siendo la inmensa carga de casos y los trabajos pendientes en los casos. Sin embargo, como se describió con anterioridad, se ha logrado mucho al optimizar el procedimiento de acuerdo con las reformas introducidas por el Artículo 14 del Protocolo Adicional a la CEDH en 2010; al introducir el procedimiento piloto de sentencias y al mejorar el diálogo con cortes nacionales con el fin de fortalecer

la ejecución doméstica de las sentencias de la Corte Europea. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado tendencias positivas similares respecto al “control de convencionalidad” y la declaración de leyes nacionales de amnistía como nulas y no válidas. En la misma línea de la delegación e implementación de sus sentencias, la Corte Africana ha iniciado diálogos regulares con cortes subregionales y nacionales.

Hasta ahora, los logros al abordar la baja cantidad de casos, en términos comparativos, que han llegado a la Corte Interamericana y Africana han sido menores. Se tendría que lanzar una campaña en ambas regiones para convencer a los gobiernos que ratifiquen los respectivos tratados de derechos humanos, que acepten la jurisdicción de las Cortes regionales y el acceso directo por los individuos. La política del CoE de requerir la ratificación de la CEDH como condición para entrar a la organización podría ser vista como un modelo a seguir en otras regiones. En este sentido, el Sistema Interamericano es el más restrictivo, ya que los individuos aún no tienen acceso directo alguno a la Corte. La experiencia ha demostrado que el “sistema de dos enfoques” con una Comisión como una primera instancia y el poder de decidir si los casos son referidos a la Corte, simplemente no funciona y resulta en cierta rivalidad entre ambos órganos. La solución sería abolir el “sistema de dos enfoques”, como en el caso de Europa con la entrada en vigor del Artículo 11 del Protocolo Adicional al CEDH en 1998, o permitir el acceso directo a la Corte, además de las referencias de la Comisión, según se establece en el Protocolo de la Carta de Banjul. Por supuesto, más Estados tendrán que hacer esta declaración opcional bajo el Artículo 34(6) del Protocolo para aumentar de forma significativa la cantidad de casos.

Una pregunta controversial, aunque no necesariamente la más importante, que se me solicitó abordar de forma explícita, es si los jueces nacionales de un Estado contra el cual se presenta un caso deben estar involucrados en las decisiones respectivas tomadas por las Cortes regionales. Aunque los jueces son, por definición, independientes de los gobiernos que los han nominado, dicho involucramiento podría resultar en un conflicto de interés que podría poner en duda la imparcialidad del respectivo juez nacional. Por esta razón todos los tratados de derechos humanos de la ONU y el Artículo 22 del

Protocolo a la Carta de Banjul explícitamente excluyen a los jueces nacionales de poder conocer un caso contra su “propio” gobierno. El Artículo 55 de la CADH es más ambiguo en este sentido, pero la Corte Interamericana, en una Opinión Consultiva de 2009, se pronunció diciendo que los jueces nacionales deben ser excluidos. La CEDH y la Corte Europea, que incluyen una cantidad de jueces igual a la cantidad de Estados partes a la CEDH, siguen una filosofía diferente. Según el Artículo 26(4), en los casos ante una Sala o la Gran Sala, el juez electo, con respecto a un Estado contra el cual se ha presentado un caso, deberá participar como miembro *ex officio*. Esta disposición data de las primeras épocas de la Corte Europea y siempre ha sido defendida con el argumento de que el juez nacional es necesario ya que solamente él o ella conoce la situación legal doméstica lo suficientemente bien para explicársela a los otros jueces. Con la introducción de comités de tres jueces por el Artículo 11 del Protocolo Adicional y, aún más, de jueces únicos según el Artículo 14 del Protocolo Adicional, es difícil mantener esta filosofía. El Artículo 28(3) establece una “solución de compromiso” en el sentido de que si el juez nacional no es miembro del comité –en otras palabras, ya no se requiere que el juez nacional continúe participando–, el comité podrá, en cualquier etapa del procedimiento, invitar a ese juez a reemplazar a otro miembro del comité. Sin embargo, para jueces únicos, el Artículo 26(3) optó por la filosofía opuesta, específicamente excluir al juez nacional. ¡Incluso para los Estados miembros del CoE obviamente habría sido extraño confiarle todas las decisiones de jueces únicos a nacionales de Estados contra los cuales se presentan dichas demandas! En mi opinión, el argumento de que los jueces nacionales son necesarios debido a su conocimiento específico de la situación legal doméstica no es muy fuerte, ya que hay suficientes miembros altamente calificados dentro del personal de la Secretaría de la Corte Europea que están suficientemente familiarizados con el sistema legal en sus países de origen. Por otro lado, aun en Europa, donde los jueces son altamente independientes, ya que son electos por un periodo de nueve años sin posibilidad de reelección según el Artículo 23(1), según fue enmendado por el Artículo 14 del Protocolo Adicional, y donde cada Estado es “representado” por un juez nacional, la participación en casos contra el gobierno “propio”

podría resultar en un conflicto de intereses, sentimientos de lealtad o una cierta parcialidad a favor o en contra del gobierno “propio”, lo cual debe evitarse con el fin de garantizar la imparcialidad de las decisiones. Sin embargo, como dije al comienzo, este no es uno de los temas más importantes ya que en la práctica, esta filosofía europea de involucrar a jueces nacionales no parece haber resultado en mayores problemas con respecto a la imparcialidad de los jueces.

A pesar del hecho de que, en tiempos de una crisis global de derechos humanos, democracia y estado de derecho, las tres Cortes regionales de derechos humanos se ven afectadas por dichas crisis en su aceptación, legitimidad, autoridad y buen funcionamiento, como lo ilustran los muchos problemas y retos indicados arriba, deseo concluir este pequeño análisis comparativo con una nota positiva. Las tres Cortes han contribuido de manera extraordinaria al desarrollo, conciencia, implementación y disfrute de los derechos humanos en sus respectivas regiones. La Corte Europea, al ser la más vieja, ha lidiado con casi un millón de casos durante sus 60 años de existencia, le ha ofrecido justicia a miles de violaciones a los derechos humanos, ha contribuido con su interpretación y aplicación dinámica de la CEDH a numerosos cambios constitucionales, legales y de política en Europa; ha creado conciencia entre los europeos respecto a la importancia de los derechos humanos y puede perfectamente ser considerada una “víctima de su propio éxito” al atraer decenas de miles de demandas individuales de sus 47 Estados parte cada año. También ha demostrado tener una flexibilidad extraordinaria al abordar con éxito su enorme carga de casos y trabajo atrasado en tiempos difíciles, durante los cuales está bajo ataque desde diferentes rincones y por diferentes razones. La Corte Interamericana, que fue creada en un momento en el que muchos países latinoamericanos eran gobernados por dictaduras militares despiadadas, logró tener una reputación extraordinaria al emitir sentencias sin miedo sobre las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, tales como desapariciones forzadas, tortura, detención arbitraria y ejecuciones extrajudiciales, y al ordenar medidas de reparación de amplio alcance e innovadoras a los gobiernos involucrados. Aunque el número total de sentencias durante sus 40 años de ejercicio es muy limitado, muchas decisiones, tales como la que se refiere a los

derechos de los indígenas, tienen un fuerte impacto que va mucho más allá de los casos individuales en juego. Su reciente tendencia a forzar a las cortes nacionales a aplicar de forma directa la CADH y a ignorar o invalidar las leyes nacionales que violan la CADH, es un logro extraordinario. Aunque la Corte Africana aún está en sus etapas iniciales de desarrollo de jurisprudencia y de consolidación de su propio lugar dentro del panorama legal de África, al tener que competir con una variedad de cortes subregionales, ya se ha creado una reputación y autoridad sólida, como la corte de derechos humanos más importante en un continente donde ocurren violaciones masivas a los derechos humanos a diario. Esta experiencia positiva con las tres Cortes regionales de derechos humanos definitivamente justifica repetir el llamado de largo plazo a las Naciones Unidas para que pueda crear una Corte Mundial de Derechos Humanos²⁵.

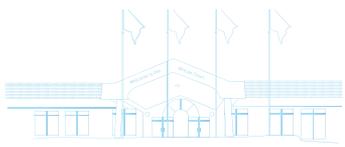
La “Declaración de San José”, adoptada por las tres Cortes regionales, con ocasión de la celebración del 40 Aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en julio 2018, es una buena iniciativa para mejorar el diálogo y la cooperación entre las tres Cortes regionales y para unir fuerzas en la defensa de los derechos humanos en tiempos difíciles.

25 Ver Manfred Nowak, “*Es Momento para una Corte Mundial de Derechos Humanos*”, en M. Cherif Bassiouni/William Schabas (eds.), *Nuevos Retos para la Maquinaria de Derechos Humanos de la ONU. ¿Qué futuro hay para el Sistema de Tratados de la ONU y los Procedimientos del Consejo de Derechos Humanos?*, Mortsel (Bélgica) 2012, 17-34; Julia Kozma/Manfred Nowak/Martin Scheinin, *Una Corte Mundial de Derechos Humanos – Estatuto Consolidado y Comentarios*, BIM Studienreihe Bd. 22, Wien/Graz 2011.



Ben Kioko

*Vicepresidente de la Corte Africana de Derechos Humanos
y de los Pueblos*



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Introducción

Desde el inicio, me gustaría aclarar que yo utilizo los términos “autoridad” y “legitimidad” en un sentido amplio, incluyendo la legitimidad normativa, la legitimidad institucional y la legitimidad sociológica. Para evitar caer en repeticiones innecesarias no me voy a extender en este tema. Es suficiente señalar que, por legitimidad normativa quiero decir el objetivo o mandato de la Corte, esto es, su autoridad para emitir sentencias, decisiones u opiniones vinculantes que deben cumplirse. Legitimidad institucional que incluye la independencia de la Corte, y legitimidad sociológica, que se origina en su aceptación en las percepciones o creencias de su audiencia de que la Corte tiene dicha autoridad y es efectiva en su ejercicio.

La noción de autoridad o legitimidad recae sobre todos los factores que, de forma positiva o negativa, afectan la existencia de la Corte y el logro de sus objetivos tales como su habilidad para emitir decisiones, la debida ejecución de sus decisiones y la percepción y reconocimiento, por aquellos que tienen un interés en la misma –Estados, órganos de políticas de la Unión Africana, individuos, organizaciones de la sociedad civil, entre otros–, de que su existencia tiene un objetivo y efectivamente lo está cumpliendo. Las tareas de proteger los derechos humanos y mantener la legitimidad de la Corte se refuerzan una a otra: en principio, entre más pueda proteger la Corte de manera efectiva los derechos humanos, más aumentará su aceptación entre las víctimas, los defensores de los derechos humanos y otras partes interesadas, y esto le ayudará a cumplir su objetivo y finalmente aumentar su legitimidad. La ausencia de una fuerza policial internacional para ejecutar las decisiones de un tribunal internacional enfatiza que su legitimidad es crítica para su éxito.

A pesar del hecho de que la Corte Africana personifica las características de otros tribunales regionales de derechos humanos existentes en Europa y las Américas, tiene sus propios retos, algunos de los cuales son comunes a cualquier órgano judicial internacional emergente, pero otros son únicos y específicos del continente africano y del ambiente dentro del cual opera.

En esta presentación se intenta resaltar aquellos temas que pesan sobre la efectividad de la Corte, así como su impacto y la resistencia y dificultades que enfrenta. Solamente voy a destacar algunos de los retos relevantes, ya que un colega va a extenderse en los otros retos generales en una presentación que está programada para más tarde.

Fuentes de legitimidad de la Corte Africana

Legitimidad normativa: Consentimiento de los Estados Miembros

La Carta Africana es el instrumento que recopila los derechos sustantivos que se busca proteger con la creación de la Corte. La Carta ha sido ratificada universalmente por todos los Estados de la Unión Africana incluido Marruecos, que se volvió a unir a la Unión en el 2017. Sin embargo, hay un conocimiento limitado de la Carta y su aplicación a nivel nacional, a través específicamente de la adaptación o incorporación a las leyes nacionales donde es requerido, es limitada.

Para contextualizar la Carta, según uno de sus principales autores y presidente del equipo redactor, Keba Mbayé, y lo cito textualmente: “En África, la ley no es concebida como un tipo de espada puesta en las manos del individuo para permitirle defenderse contra el grupo. En su lugar, la ley es considerada un conjunto de reglas protectoras de la comunidad de la cual el individuo es una parte.”

En África se ha dicho que las negociaciones y mediaciones se ajustan mejor a las realidades socioeconómicas, políticas y culturales de los africanos que una adjudicación contenciosa, algo que era considerado una ‘idea extranjera’ introducida por los colonizadores. Por esta razón, durante las discusiones que llevaron a la adopción de la Carta, la idea de crear una entidad judicial fue desechada y, en su lugar, se instituyó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión, como un órgano cuasi-judicial.

Dada la diversidad del continente africano, con disparidades culturales, socioeconómicas y políticas considerables en sus países y regiones, y a pesar de tener algunos valores compartidos, nunca ha existido un concepto uniforme de la justicia y de la ley en el continente.

Por lo tanto, la idea de crear una Corte regional de derechos humanos no desapareció con la creación de la Comisión.

En este contexto, la Corte Africana fue creada por medio de un Protocolo a la Carta, adoptado el 9 de junio de 1998 en Ouagadougou, Burkina Faso. El Protocolo entró a regir el 25 de enero de 2004 después de lograr el requisito de obtener 15 ratificaciones. La Corte pasó a ser completamente operacional en enero de 2006 con la juramentación de los primeros jueces y acaba de cumplir una década de existencia. La Corte consta de 11 jueces, electos por la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Unión Africana, con base en su carácter moral, competencia y experiencia académica y judicial, según el Artículo 11 del Protocolo.

La Corte fue creada con un mandato para complementar el mandato de la Comisión de proteger los derechos humanos y está facultada para interpretar y aplicar la Carta Africana y cualquier otro instrumento de derechos humanos del cual los Estados involucrados son parte. El Protocolo especifica las funciones, jurisdicción, estructura y composición de la Corte¹. Al volverse partes del Protocolo, los Estados aceptan y se obligan “a cumplir con la sentencia [de la Corte] en cualquier caso del cual son partes dentro del plazo estipulado por la Corte y a garantizar su ejecución.” Puede deducirse entonces que el Protocolo, como expresión del consentimiento de los Estados miembros de la Unión Africana, es la principal fuente de su legitimidad normativa tanto para su existencia como su autoridad. Con base en sus disposiciones, la Corte ejerce su poder para tomar decisiones vinculantes y requiere que los Estados las hagan cumplir en su totalidad.

La legitimidad normativa es un prerrequisito importante para que cualquier corte internacional pueda ejercer su poder de resolver de forma significativa. A menudo, la legitimidad normativa se deriva del consentimiento, según se expresa en un documento constitutivo, de aquellos Estados que han creado la Corte. Al aceptar su creación y al someterse voluntariamente a su jurisdicción y autoridad para tomar decisiones, que podrían ser contrarias a sus intereses nacionales percibidos, los Estados le conceden legitimidad legal a una Corte.

1 Ver Artículos 3, 11 y 24 del Protocolo.

La legitimidad normativa de la Corte también es afirmada de forma continua por el rol de supervisión del Consejo Ejecutivo de Ministros sobre la ejecución de las decisiones de la Corte y por la consideración y adopción regular de sus informes por la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Unión Africana por medio de resoluciones vinculantes. De forma similar, las Organizaciones de la Sociedad Civil, las CSO por sus siglas en inglés, han apoyado el trabajo de la Corte y han presionado por la implementación de las decisiones de la Corte por parte de los Estados involucrados.

Retos a la legitimidad de la Corte Africana y la protección de los derechos humanos

La Corte Africana se enfrenta a una variedad de retos que afectan el logro de una legitimidad institucional y sociológica completa, así como de su ambición de ser una fuente de justicia para las violaciones de derechos humanos en el continente. Estos retos son multi-dimensionales en su naturaleza y se manifiestan de muchas maneras.

Voluntad política limitada

Uno de los mayores retos que afectan la legitimidad normativa e institucional de la Corte es la falta de voluntad política por parte de los Estados miembros de la UA según se evidencia por el hecho de que más de 10 años después de su puesta en operación, solamente 30 de los 55 países han ratificado el Protocolo y solamente 8 de ellos han depositado la declaración indicada. En efecto, esto significa que solo un número muy limitado de los individuos y las ONG pueden acceder a la Corte. En por lo menos tres ocasiones, la Corte ha propuesto eliminar el requerimiento de una declaración que le permita a los individuos y a las ONG acceder a la Corte, pero estas propuestas fueron rechazadas sin más trámite y sin una audiencia apropiada, y a la Corte se le solicitó no volver a presentar estas propuestas.

Conocimiento limitado sobre la Corte

Como se indicó anteriormente, la legitimidad sociológica de la Corte se ve afectada por un conocimiento limitado de su existencia

entre los africanos comunes y por una baja tasa de cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados. Mientras que la responsabilidad primaria de educar a los ciudadanos sobre sus derechos y cómo acceder a la Corte recae en los Estados partes –lo cual no han hecho bien, si es que no lo han hecho del todo– la Corte también ha tomado ciertas iniciativas en este sentido para promover su trabajo y visibilidad entre los ciudadanos africanos. Estas incluyen realizar visitas de sensibilización a diferentes países para crear conciencia, promover la ratificación y presentación de la Declaración por medio de la organización de seminarios y talleres para oficiales del Estado, agentes judiciales, CSO, medios, asociaciones profesionales, grupos de mujeres, entre otros, así como un diálogo judicial continental bienal con los jefes de las cortes judiciales y constitucionales de los Estados miembros.

Falta de recursos humanos y financieros adecuados

Cualquier tribunal que dependa directamente de la ayuda presupuestaria de los Estados y organizaciones socias para sus gastos operativos o programáticos podría ser percibida, al menos por los externos, como que no es completamente independiente, aun cuando los jueces estén llevando a cabo su mandato sin miedos o favoritismos. Lo que no siempre es comprendido es que todas las cortes y los tribunales internacionales y regionales dependen por completo de presupuestos suministrados por los Estados, salvo la Corte de Justicia Caribeña, que es financiada de forma mayoritaria por un Fondo de Beneficencia creado por sus Estados partes.

La Corte les ha propuesto un mecanismo similar a los órganos creadores de políticas de la UA pero no fue aceptado. Además, todos los Estados, incluyendo aquellos que han sido declarados en violación de los derechos humanos, participan en las discusiones a nivel de los órganos creadores de las políticas de la UA. A pesar de lo anterior, la Corte tiene que depender de esos mismos Estados a los que ha condenado para garantizar la implementación de sus decisiones y para que consideren y aprueben el presupuesto de la Corte. Esto representa un reto en un continente donde una cultura de respeto por los derechos humanos, la tolerancia y el acuerdo es un trabajo en proceso.

Baja tasa de cumplimiento de las decisiones de la Corte

Por último, respecto a la relación entre la ejecución de las decisiones de la Corte y la legitimidad, es obvio que una Corte cuyas decisiones no son debidamente implementadas no puede estar orgullosa de su legitimidad. Esto porque el supuesto básico es que los Estados cumplen con sus decisiones solamente si aceptan que la Corte tiene el poder de tomar dichas decisiones y estas decisiones son vinculantes para ellos. *A contrario sensu*, hay una razón muy fuerte para dudar de la legitimidad de una corte cuyas decisiones no son acatadas. Para una Corte, la legitimidad no es solo el derecho a existir, sino también la posibilidad de funcionar de forma apropiada y lograr los objetivos para los cuales fue creada; por supuesto, sin perder de vista los otros factores, aparte de la legitimidad, que puedan impedir que la Corte opere correctamente o que cumpla con su *raison d'être*.

Actualmente, la responsabilidad de garantizar la ejecución de la sentencia de la Corte recae en el Consejo Ejecutivo, conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores. Aunque en términos generales el cumplimiento de las decisiones de la Corte Africana ha sido bastante bueno, salvo en unos pocos casos respecto a dos Estados, la ausencia de un mecanismo de monitoreo claro y coherente para supervisar la implementación de sus decisiones ha resultado en una baja tasa de ejecución por los Estados. Con esto en mente, la Corte actualmente está trabajando en un marco para el monitoreo de cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en colaboración con los órganos creadores de las políticas de la Unión Africana.

Resistencia, reacciones o respuestas negativas

La Corte cada vez se enfrenta a más resistencia y reacciones o respuestas negativas de los Estados que sienten que se está excediendo y, para algunos, que está interfiriendo con su soberanía. Esta resistencia o reacción negativa, que ha nublado la legitimidad institucional de la Corte, se manifiesta de diferentes maneras, incluyendo una negativa absoluta a implementar las decisiones de la Corte y en ataques a la Corte durante las reuniones de los órganos creadores de

la políticas de la UA². Como ejemplo, el retiro por parte de Ruanda de su declaración, que supuestamente fue provocada por el hecho de que la Corte aceptó casos presentados por individuos que el Estado demandado consideró “convictos genocidas”, y como resultado retiró su Declaración y su defensa de los casos pendientes. La Corte también fue acusada de aunar esfuerzos con las ONG, incluyendo organizaciones socias, para ofrecer una plataforma para genocidas convictos. El retiro de Ruanda y sus acciones como presidente de la Unión sin duda han disuadido a algunos otros Estados de preparar y presentar sus declaraciones.

Garantizar los derechos humanos en el contexto de valores culturales, religiosos y sociales

Otro reto a la legitimidad de la Corte Africana se refiere al choque entre los valores de los derechos humanos y las tradicionales creencias culturales o religiosas de la sociedad africana. En ese sentido, la Corte está consciente de las limitaciones que conlleva basar sus fundamentos en un instrumento que busca conservar valores tradicionales en un mundo diverso y rápidamente cambiante. Navegar entre la tradición y la modernidad no es una tarea fácil para la Corte.

En ciertos asuntos, arraigados en las tradiciones y creencias religiosas de ciertos pueblos y países, la Corte podría verse en el límite de poner a los Estados entre la espada y la pared; entre la paz y la convulsión social. En un caso reciente, *APDF vs. la República de Mali*, la Corte tuvo que extenderse sobre el tema de matrimonio infantil, incluyendo la edad para consentir y el asunto del otorgamiento del consentimiento. El caso involucraba una lucha entre valores tradicionales y religiosos por un lado y las normas de derechos humanos por el otro. Aunque la Corte, como era de esperarse, eligió subrayar la supremacía de los estándares de los derechos humanos sobre los valores tradicionales y religiosos, es claramente difícil para el Estado

2 Para una discusión más detallada sobre este tema, ver TG Daly y M Wiebusch “*La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: mapeando la resistencia contra una corte incipiente*” (2018) 14/2 *Revista Internacional de la Legislación en Contexto*, 14, 294–313 doi:10.1017/S1744552318000083.

ejecutar la sentencia y podría tener el efecto de socavar la legitimidad de la Corte a los ojos de algunas secciones de la sociedad maliense.

Por consiguiente, cuando los litigios referentes a algunos instrumentos, tales como el Protocolo de Maputo sobre los Derechos de las Mujeres y la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar de los Niños, son más generalizados, las dificultades de la conciliación entre la tradición y la modernidad se volverán más evidentes y pondrán la legitimidad de la Corte a prueba. Esto se vuelve aún más evidente considerando que el sistema africano de derechos humanos no tiene fundamento legal alguno para implementar la doctrina de “margen de apreciación.”

Conclusión

Al utilizar mi bola de cristal veo que se avecinan tiempos difíciles, que las cosas podrían empeorar antes de mejorar. Antes, teníamos un grupo central de Estados que impulsaban y defendían los valores centrales de la Unión Africana, la democracia, el respeto por los derechos humanos, una buena gobernabilidad, la lucha contra la impunidad, etc. Estas voces cada vez son más débiles. Intuitivamente, el enfoque directo de la Corte al lidiar con temas políticos especialmente sensibles que afectan la soberanía del Estado de forma directa, tales como elecciones y leyes electorales, podría encontrar resistencia por parte de los Estados, considerando la diversidad de los sistemas electorales y el naciente estado de la democracia en el continente.

Es evidente que el continente africano ya está siendo testigo de lo que la Comisión de la UA ha caracterizado como regresión democrática. Ciertamente hay ahora un número de Estados que, a mi criterio, estaban teniendo en términos generales muy buen desempeño utilizando todos los indicadores para una buena gobernabilidad: respeto por los derechos humanos, transparencia y rendición de cuentas según el *APRM, índice Mo Ibrahim para la Gobernabilidad*; pero ahora parecen haber perdido su norte. Este desarrollo probablemente tendrá un impacto adverso en la Corte. Ciertamente, todos los órganos de la UA con un mandato referente a los derechos humanos y a la participación de los pueblos en el trabajo de la Unión, cada día

enfrentan más retos en sus relaciones con los Estados miembros y los órganos que crean políticas en la Unión Africana.

Además, considerando que la Corte es una corte continental de derechos humanos con competencia en temas de derechos humanos, uno podría anticipar que su tendencia actual de actuar como un tipo de “corte constitucional regional” continuará poniendo a algunos Estados partes inquietos y que la hará el objeto de críticas e incluso de posibles reacciones negativas de parte de los Estados³. Curiosamente, en casos donde la Corte le ordenó a los Estados interesados enmendar su legislación nacional para que sea conforme a los estándares de los derechos humanos, aunque aún no se haya cumplido en su totalidad con las órdenes de la Corte⁴, ni esos Estados, ni ningún otro, han cuestionado el poder de la Corte de emitir dichas órdenes. No hay ninguna duda de que sea probable que las reacciones o respuestas negativas contra la Corte aumenten en el futuro conforme la Corte reciba más y más casos políticamente sensibles que despierten emociones, tales como casos LGBTI.

En medio de los retos existentes y aquellos que se ven en el horizonte, es importante tomar nota de que siempre habrá retos; lo que se requiere, es estar conscientes de ellos y abordarlos de forma rápida y efectiva, mientras encontramos consuelo en las palabras vivas del Profesor Wangari Mathai, Ganador del Premio Nobel de la Paz que dijo “los derechos humanos no son cosas que se ponen en la mesa para que la gente los disfrute. Son cosas por las que se lucha y luego se protegen.”

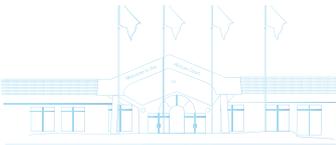
3 *Supra* nota 2.

4 Posterior a la sentencia de la Corte, Burkina Faso le reportó a la Corte que había enmendado su legislación doméstica sobre la difamación. El borrador de la nueva constitución de Tanzania adoptado por la asamblea constituyente en 2016 cumple con la sentencia de la Corte, pero no ha sido aún promulgada. Costa de Marfil anunció públicamente su intención de cumplir, pero aún no ha modificado sus leyes.



Abel Campos

*Secretario de Sección del
Tribunal Europeo de Derechos Humanos*



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Desde la creación de las cortes o tribunales, se ha discutido o cuestionado su autoridad y legitimidad. Este no es un tema ni nuevo ni reciente. Presento en estas anotaciones una perspectiva de las Cortes Regionales de Derechos Humanos y especialmente de la Corte Europea de Derechos Humanos, CEDH.

La legitimidad de la CEDH se basa en un tratado internacional. Los Estados han aceptado estar limitados por las disposiciones de la Convención Europea. Indirectamente, hasta se podría decir que los tribunales internacionales, en este sentido en particular, imparten justicia en nombre de los pueblos, a través de sus representantes electos, al igual que cualquier tribunal nacional en una sociedad democrática.

La autoridad de la CEDH también se basa en un tratado internacional. Pero, de manera más importante, la autoridad de cualquier tribunal provendrá de la calidad y fuerza de sus decisiones. Si las decisiones son claras, bien fundamentadas y fáciles de entender, la autoridad y legitimidad de la corte aumentará y esto será reconocido por las personas interesadas y, en particular –esto es muy importante– por la sociedad civil.

Vale dedicar unas palabras sobre la autoridad y legitimidad de aquellos que componen el tribunal, los jueces. Su autoridad proviene, en primer lugar, de los criterios exigentes necesarios para poder ostentar el cargo judicial: el Artículo 21 de la Convención Europea requiere que sean de un alto carácter moral, que posean las calificaciones requeridas para un nombramiento a un alto cargo judicial o que sean jurisconsultos de competencias reconocidas. Su legitimidad proviene de la manera en que son designados: elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, PACE, compuesto a su vez por miembros de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros.

El impacto de la CEDH es una historia de maduración. Al cumplir 60 años se espera que la CEDH haya adquirido la sabiduría que viene con la edad. Uno no puede dissociar el impacto de la CEDH de los cambios en la historia, los cuales han tenido una inmensa influencia en

el impacto de la CEDH en la vida de millones de europeos. El punto de inflexión clave es, por supuesto, la expansión de su membresía a finales de los 90 e inicios de la década del año 2000, cuando las nuevas democracias en Europa Central y Oriental se unieron al CoE y ratificaron la Convención Europea, aceptando así la jurisdicción de la Corte Europea.

Las dificultades están ligadas al impacto: una enorme explosión en la cantidad de casos, que alcanzan 160.000 casos en 2011 y que desde entonces han disminuido constantemente hasta llegar al número actual de 55.000 gracias, en particular, a nuevos métodos de trabajo. También están ligadas a los nuevos tipos de casos con los que se podría decir que la Convención Europea no fue concebida para lidiar. Dado que los fundadores del sistema se imaginaron, en los años 50, el texto de la Convención como una herramienta para superar los horrores de una guerra mundial que casi destruye Europa, nunca pensaron que los Estados miembros que han ratificado la Convención Europea podrían estar en guerra entre ellos mismos. Sin embargo, esto es algo que de hecho ocurrió, y fue seguido por demandas entre Estados y por demandas individuales referentes a los conflictos que fueron surgiendo en Europa: Rusia/Georgia, Rusia/Ucrania por supuesto, pero también hasta cierto grado, Armenia/Azerbaiyán, respecto a la región Nagorno-Karabakh. Cómo debe lidiar la Corte Europea con esto, sabiendo, por supuesto, que conocer de alegatos de violaciones muy serias a los derechos humanos más fundamentales es, sin duda alguna, una tarea para la Corte Europea. ¿Pero cómo hacerlo correctamente?

Lo anterior nos lleva a las resistencias y retos. Para las nuevas democracias, adaptar sus estructuras legales a los estándares consolidados de lo que en términos simples podríamos llamar las democracias “viejas”, puede tornarse una tarea muy difícil. Por lo tanto, muy a menudo enfrentamos dificultades especialmente en lo que se refiere a la implementación de las sentencias. Para algunos Estados es realmente difícil adaptar su régimen legal a los estándares europeos, con frecuencia definidos muchos años atrás en casos referentes a Estados miembros “viejos”. Otro problema, y uno de los de mayor preocupación, es la falta de implementación debido a falta de voluntad política de implementar: un ejemplo obvio en la CEDH

es la renuencia del Reino Unido a implementar la sentencia de la Corte respecto a los derechos al voto de las personas detenidas; o la renuencia de Rusia a reconocer las sentencias de la Corte Europea como fuentes de una obligación vinculante. Me refiero, por supuesto a la ley que le otorga a la Corte Constitucional rusa el poder de decir que la implementación de una sentencia dada de la CEDH es imposible, ya que sería contrario al régimen legal ruso. ¿Cómo se puede solucionar esto? Debates como este ayudan a trazar posibles soluciones, pero al final es la sociedad civil la que debe presionar a los gobiernos. El control parlamentario de la implementación de las sentencias –ya instaurado por algunos Estados miembros– tiene un gran potencial. Pero, nuevamente: solo decisiones y sentencias muy convincentes demostrarán cuáles son las ventajas de implementar contra no implementar.

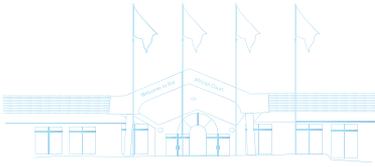
Hay un reto más generalizado: el contexto político actual, en el cual la desconfianza hacia las organizaciones multilaterales e internacionales, alimentada por los discursos populistas que buscan ganancias políticas nacionales inmediatas, representa un inmenso reto para las cortes internacionales y, en particular, la Corte Europea. La verificación de hechos, la fortaleza de los argumentos y las decisiones coherentes y bien fundamentadas son, una vez más, las pocas formas en las que podemos luchar contra esta desconfianza.

A pesar de todo esto me gustaría terminar de manera optimista. En todo Europa, millones de personas ya se han visto beneficiadas, y continúan haciéndolo, del enfoque protector de los derechos humanos de la Corte. Legislación importante respecto a salvaguardias en casos de vigilancia masiva, de libertad de expresión o el estatus legal de los transexuales, para mencionar solo unos pocos, ha cambiado las vidas de muchas personas y a la vez ha limitado las interferencias ilegítimas del Estado en las vidas de los individuos. Aún hay mucho trabajo por hacer.



Humberto Antonio Sierra Porto

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

La reflexión que quiero compartir con ustedes, se refiere esencialmente a la concepción de legitimidad y a las distintas manifestaciones o alternativas que se están dando desde el Sistema Interamericano para tratar de lograr ese objetivo de legitimidad, entendiendo legitimidad como la autoridad, la credibilidad y la aceptación de las decisiones de la Corte, y también por qué no decirlo, la pertinencia. Esta búsqueda de la autoridad en el trabajo de la Corte Interamericana, se expresa en tres grandes ideas que son el núcleo de mi intervención, telegráfica casi, por razones de tiempo.

En primer lugar, haré unas reflexiones sobre la búsqueda de legitimidad desde las dos perspectivas clásicas de legitimidad de origen y de resultado, que se está dando en el trabajo de la Corte Interamericana. En segundo lugar, mostraré cuáles son los mecanismos de legitimidad que se están ensayando en la Corte en este momento, distintas alternativas en la lógica de trabajo que están generando ese propósito de lograr una mayor aceptación, de pertinencia, de autoridad entre nuestros Estados y entre todos los ciudadanos y operadores jurídicos del Sistema Interamericano. Y en un tercer bloque temático, más tradicional, mostraré cuáles son los problemas y las eventuales soluciones que está proponiendo la Corte desde la perspectiva de la legitimación en asuntos institucionales y la legitimación en cuanto a la temática de la jurisprudencia de la Corte.

En materia de legitimidad de origen, la Corte Interamericana y en general el Sistema Interamericano está haciendo una serie de esfuerzos dirigidos a tratar de darle la mayor autoridad a las personas que son elegidas en la Corte Interamericana. Recientemente tuvimos un proceso de reelección de algunos de los jueces de la Corte Interamericana, y se están buscando los mecanismos al interior de la Organización de los Estados Americanos y de la sociedad civil. Estos mecanismos están dirigidos a hacer audiencias en donde los candidatos a jueces de la Corte se presentan, se analizan sus hojas de vida, e incluso existe la posibilidad de que todos los embajadores representantes de la Organización de los Estados Americanos indaguen sobre cuál es la perspectiva, percepción filosófica e ideológica en

materia de derechos que tienen las personas que son nominadas para ser jueces. En ese sentido el procedimiento de elección ha surgido de una manera espontánea, pues no está establecido en ninguna norma; se está construyendo por parte de las autoridades políticas un mayor control de la sociedad civil que indaga las hojas de vida y los antecedentes de los jueces. Es importante que tengan presente que hoy en día la Corte Interamericana, en sus tres cuartas partes, está integrada por personas que vienen de tribunales nacionales o internacionales, con lo cual se muestra el cambio de actitud que se está teniendo respecto del trabajo de la Corte por parte de los Estados. No siempre la integración era de personas que venían del oficio judicial, sino que en algunas ocasiones había embajadores, políticos, activistas en derechos humanos, sin experiencia judicial.

En materia de legitimidad de resultados, es fundamental que las sentencias sean justas, que efectivamente generen transformaciones favorables a la vigencia efectiva de los derechos humanos, y que con las decisiones de la Corte Interamericana se logre mayor claridad y fortaleza en la vigencia de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se legitima la Corte también con la construcción de un *corpus juris* que sea común a todos los Estados que permitan una comprensión mínima básica del alcance de los derechos establecidos en la Convención. Este propósito tiene un especial valor en razón del número reducido de sentencias que debemos producir anualmente.

Además, se ha ensayado una lógica de legitimidad de resultados con decisiones, que es novedosa y sobre la cual existe una gran cantidad de polémicas. El objeto de discusión central en la Corte Interamericana, es precisar, a través de su jurisprudencia, cuáles son los derechos que son objeto de cumplimiento, de eficacia y de ejercicio ante el Tribunal. A los tradicionales derechos de libertad, expresados en la Convención, se le deben adicionar otros derechos según una interpretación del Artículo 26 de la Convención Americana, que supone que la Corte Interamericana en este momento también es juez de derechos económicos, sociales y culturales. Este es quizá el gran punto de inflexión que en este momento se está debatiendo al interior de la Corte y que es objeto de un gran debate a nivel de opinión jurídica interamericana.

El segundo bloque temático al cual quiero referirme, es el relativo a cuáles son las vías o los mecanismos de legitimidad novedosos que se están ensayando en nuestra Corte. En primer lugar, nuestra Corte está constitucionalizándose, está utilizando de una manera muy particular la lógica del derecho constitucional, y eso implica que hay manifestaciones en el ejercicio del trabajo de la Corte Interamericana que pueden ser calificadas como contra mayoritarias, similares a las que eventualmente pueden darse por parte de tribunales nacionales.

En segundo lugar, hay una gran preocupación en materia de legitimidad sobre el estatuto judicial, sobre las características del reglamento interno, las condiciones de los jueces, el régimen de inhabilidades, de incompatibilidades, acceso y salida de los jueces. Este tema también está siendo objeto de un gran debate.

El tercer aspecto es el control de convencionalidad. Pero ¿qué es el control de convencionalidad? Dicho en palabras sencillas para quien no es parte del sistema, el control de convencionalidad consiste en buscar la manera de incorporar las fuentes del derecho internacional para resolver casos concretos en cada uno de nuestros países. Se trata de un asunto importante en todos los países de América Latina. El control de convencionalidad señala que es obligatorio utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cada uno de los casos por cada uno de los operadores jurídicos. ¿Qué significa obligatoriedad? Es todo un tema, pero sin duda alguna, sí tienen que utilizarse las fuentes del derecho internacional; es un elemento de legitimación, de legitimidad y fortaleza ya no para nosotros solamente, sino también para las autoridades nacionales a la hora de aplicar el derecho.

En cuarto lugar, el tema de la utilización de las opiniones consultivas de una manera más frecuente. Esto ha generado que lleguen a la Corte Interamericana casos con un impacto político más allá del que usualmente le corresponde a las decisiones que se adoptan en la Corte.

En cuanto al tema de la Corte como tribunal contra mayoritario, esencialmente se expresa no solo en el lenguaje: control de convencionalidad, convencionalidad por omisión; la utilización de técnicas propias de la justicia constitucional que son usadas con mucha frecuencia a nivel de convencionalidad. Entonces la inconventionalidad por omisión, los exhortos a los Estados al mismo nivel que se hacen en el derecho interno, sentencias interpretativas

de la Convención, todo ese tipo de técnicas están a la orden del día. Esto ha supuesto que haya un diálogo muy fluido, porque hoy en día el lenguaje para comprender el alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el del derecho constitucional, y para los jueces nacionales eso ha sido muy fácil; no es lo mismo que cuando se utilizan las categorías del derecho internacional. Entonces, tratar de interpretar la Convención como si fuera derecho constitucional, es parte del fenómeno que se está dando en nuestro ordenamiento.

El proceso de incorporación del derecho internacional en el derecho interno se refleja por ejemplo, en la figura del bloque de constitucionalidad. En muchos Estados la Convención es parte de la Constitución, por lo cual no hay mayor dificultad a la hora de aplicar este tipo de criterios.

El aspecto de un tribunal contra mayoritario donde se expresa con mayor claridad, es con la línea jurisprudencial de la Corte a propósito de la Sentencia *Lagos del Campos contra Perú*. A partir de este momento la Corte se convierte no solo en un tribunal internacional de derechos, sino que el hecho de tener la capacidad de estudiar, de controvertir, de enjuiciar la política pública de un Estado, por ejemplo a propósito de la salud, hace que este Tribunal adquiera unas características y unas perspectivas de desarrollo muy interesantes, complejas y que suponen un importante reto. Es parte del trabajo.

Otro aspecto es el relativo al estatuto de los jueces y a la legitimidad producto del estatuto de los jueces. Las condiciones éticas de vida pública y privada, que antes no eran consideradas como relevantes y no aparecen reguladas en nuestro ordenamiento en las normas que nos regulan, ahora se están exigiendo por parte de la opinión pública. Reglas para manejar cualquier tipo de incidente que pueda darse y que generen una mayor credibilidad y autoridad por parte de los jueces. No hay que olvidar el contexto dentro del cual se mueve la Corte en el Sistema y, particularmente los Estados, que son parte de nuestros países. Los distintos escándalos en materia de corrupción, hacen que se tenga que estar muy alerta para evitar que ese tipo de supuestos se den en la Corte Interamericana.

En materia de control de convencionalidad, de incorporación del derecho internacional en el derecho interno, el punto está en cuál es la principal fortaleza. Ese es el punto revolucionario que ha hecho

que hoy día el Sistema Interamericano tenga éxito, proyección y una eficacia que no se percibe fácilmente, sino a través de la manera como los jueces incorporan y aplican esas fuentes en cada caso concreto. La jurisprudencia y los estándares que realizamos en la Corte Interamericana, son tan importantes porque la mayor parte de la composición de la Corte proviene de quienes nos hemos desempeñado como magistrados de cortes supremas o de tribunales constitucionales y buena parte de la doctrina y de los estándares que aplican en nuestros países se establecen a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Quiero referirme al tema de las opiniones consultivas. Desde hace unos cuatro años, se han venido presentando por parte de los Estados y se ha hecho una utilización mucho más frecuente de las opiniones consultivas. Se presentó inicialmente una solicitud por parte de Uruguay, en la que pedían que nosotros nos pronunciáramos sobre la validez convencional de reducir la edad para establecer sanciones penales a personas que eran menores de edad.

¿Cómo se pretendía trasladar las responsabilidades políticas de una decisión de este tipo a través de opiniones consultivas? Esa dinámica se ha reproducido y también nos han llegado otros asuntos como un caso ecuatoriano de medidas provisionales, donde la Corte tenía un día para decidir sobre la validez de un referendo que se iba a realizar en el Estado. El tema de los menores migrantes que se estaba produciendo en ese momento, un problema social de primer orden, con migraciones de niños en Centroamérica que se dirigían hacia Estados Unidos, también llegó a la Corte Interamericana. O el tema de las reglas del debido proceso que deben seguirse en el juzgamiento de funcionarios políticos por parte del Congreso, el “impeachment”; cuáles son las reglas mínimas, las garantías judiciales que deben respetarse en este punto. Sobre todos estos temas nos han llegado preguntas, opiniones consultivas.

A propósito de este tema de las opiniones consultivas, los problemas esencialmente están en el ejercicio de la autolimitación de la Corte. Nosotros, en el ejercicio de esta competencia, tenemos la capacidad de regular las preguntas de manera tal que tengan un valor más pedagógico y genérico y no resuelvan casos concretos. En este tipo de situaciones hay un elemento de conveniencia y de

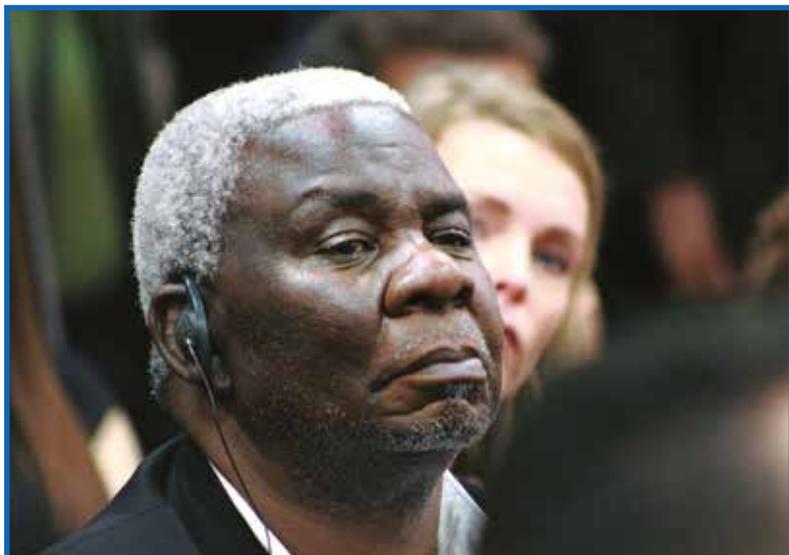
discrecionalidad importante a la hora de modelar la manera como nos expresamos en el ejercicio de este tipo de competencia.

No me queda tiempo para referirme a los otros aspectos, pero los menciono: esencialmente se trata de los retos institucionales y los retos jurisprudenciales que también apuntan a la legitimidad, porque al final es jurisprudencia y trabajo.

En materia de universalidad tenemos una cuenta pendiente con algunos países del Caribe, ya que la Corte esencialmente es un tribunal latinoamericano. El propósito de la Corte de ampliar su rango de actuación, su autoridad y su competencia, está esencialmente ligado a una labor de sensibilización, de educación con los países del Caribe. Hay problemas profundos porque ellos son del *Common Law* y además, hay problemas serios en materia de ciertos derechos como por ejemplo el derecho a la vida, con el tema de la pena de muerte en algunos de estos países, pero particularmente con los derechos de la población LGTBI, pues tienen una visión totalmente diferente de la que se ha manejado tradicionalmente en el Sistema Interamericano.

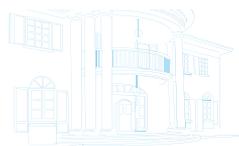
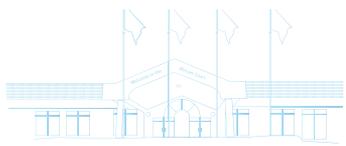
El tema de la financiación, sobre el cual no haré mención pero que nos ha generado muchos dolores de cabeza; el cumplimiento de las sentencias, que sin duda alguna es uno de los aspectos en donde más se ha progresado en los años recientes por parte de la Corte. Y la relación siempre compleja, como aquí se acaba de manifestar, con la Comisión Interamericana, para tratar de coordinar con ellos una actuación mancomunada, armónica, de cuáles son los derechos y los temas sobre los cuales la Corte tiene que pronunciarse.

En materia de desarrollo jurisprudencial, esencialmente la legitimidad que apunta a tratar de ser pertinente, de hacer sentencias pertinentes, sobre asuntos que son importantes, por ejemplo temas relativos a las indemnizaciones masivas, qué criterios utilizar; se ha dicho mucho en varias sentencias de la Corte, pero hay muchos aspectos sobre los cuales hay que decir algo sobre este tipo de reparaciones; por ejemplo lo que decíamos antes sobre el alcance de las garantías judiciales en materia de procesos para altos funcionarios del Estado a través de controles de carácter político. Asuntos como estos también son muy importantes para la legitimación de la Corte y sobre los cuales quería dar noticia. Muchas gracias, por permitirme extenderme un par de minutos en esta presentación.



Michelo Hansungule

Profesor de la Universidad de Pretoria



SESIÓN 2

Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales.
Impacto, resistencia, dificultades y retos.



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Conclusiones

A continuación unos breves comentarios sobre la autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales de Derechos Humanos, sus dificultades y retos.

En su discurso principal, el profesor Manfred Novak ha presentado un amplio recuento de los temas referentes a la autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales de Derechos Humanos. En particular, el profesor Novak mencionó que los sistemas regionales basan su legitimidad en la ley que los crea.

Reconociendo que estas Cortes son diferentes, el Profesor Novak sin embargo, no solo identificó las diferencias entre ellas sino también sus similitudes. Además de analizar la estructura de cada una de estas tres Cortes regionales, el profesor Novak se tomó el tiempo para revisar la jurisprudencia de las tres Cortes, indicando que las tres han comenzado a utilizar la jurisprudencia unas de otras.

Al tocar este punto, el moderador aclaró que el aprender de la jurisprudencia de las otras es de hecho una manera de hacerlo. También indicó que, hasta ahora, Europa en particular, no ha desarrollado el hábito de utilizar la jurisprudencia de la Corte y Comisión Africana en su trabajo.

Este punto fue resaltado por el exponente de la Corte Interamericana, el magistrado Humberto Sierra Porto. Sin embargo, tanto el magistrado Humberto Sierra Porto, como el magistrado Ben Kioko de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el secretario de la Corte Europea de Derechos Humanos enfocaron sus presentaciones en temas referentes a las tres Cortes.

Durante la presentación del magistrado Kioko, surgió una pregunta entre el público respecto al caso de *William Campbell vs. Zimbabue* ante el ahora disuelto Tribunal de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, SADC. La pregunta buscaba saber si era recomendable para el Tribunal SADC considerar este caso dado las consecuencias que ha tenido, por ejemplo, la abolición del mandato de derechos humanos del Tribunal. En su respuesta, el moderador explicó que no estaba mal que el Tribunal considerara este caso siempre y

cuando cumpliera, como lo hacía, con las reglas de admisibilidad. El moderador explicó que el asunto era que el Estado de Zimbabue bajo el largo gobierno del presidente Robert Mugabe, simplemente no quería cumplir la sentencia del Tribunal SADC. Explicó que la Constitución de Zimbabue según fue modificada en la Sección 16 había removido de la jurisdicción de los tribunales locales el poder conocer quejas de víctimas de expropiaciones de tierras y fue con base en eso que William Campbell y sus colegas, al haber agotado los recursos locales, presentaron la demanda ante el Tribunal SADC, el cual basado en el Tratado SADC falló contra Zimbabue, pero el gobierno de Zimbabue se negó a cumplir. Así fue como, siguiendo el consejo de Zimbabue, especialmente del presidente Mugabe, los jefes de Estado y Gobierno de SADC tomaron la drástica decisión de revocar el mandato de derechos humanos del Tribunal, separar a los jueces del Tribunal negándose a nombrar nuevos con el fin de volverlo inoperante y de manera efectiva cerrar la Corte subregional.

El tema del Tribunal SADC encaja con la afirmación del Profesor Novak de que el sistema regional basa su legitimidad en la ley que lo crea, lo cual no necesariamente es cierto. Si este fuese el caso, entonces el Tribunal SADC basaría su autoridad en el tratado SADC que habría obligado a sus miembros a cumplirlo. La base de mi argumento durante el panel sobre el tema del Tribunal SADC era que la ley en sí misma no es suficiente para garantizar el cumplimiento de las decisiones de los órganos del tratado en los Estados totalitarios.



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación
entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos.

de Derechos Humanos.

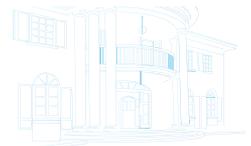
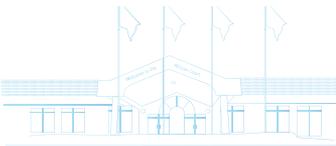




Anja Seibert-Fohr

Profesora de la Universidad de Heidelberg

Diálogo judicial desde una perspectiva interregional



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Cuando recibí la honorable invitación para hablar en este histórico evento y responder a la pregunta de si la cooperación entre las Cortes Regionales de Derechos Humanos refuerza la protección de los derechos humanos, la respuesta me pareció algo obvia. Después de todo, hay una creciente tendencia en la jurisprudencia internacional de derechos humanos a hacer referencia a la jurisprudencia de otras instituciones. Esto aplica para los sistemas internacionales y regionales en la relación de unos con otros, así como para la interacción entre jurisdicciones regionales¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estado a la vanguardia de este desarrollo. Ya había sostenido en su primera opinión consultiva que “sería inapropiado hacer distinciones con base en la naturaleza regional o no regional de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, y negar así la existencia del *núcleo común* de los estándares básicos de los derechos humanos”². Aunque la opinión se refería a la relación con instrumentos universales de derechos humanos, la idea del *corpus juris*³ le permitió después a

-
- 1 Ver A. Seibert-Fohr, “*Compromiso Judicial con el Comparativismo Internacional de los Derechos Humanos*”, en: A. Reinisch, M.E. Footer, C. Binder (eds.), *Legislación Internacional y ... – Límites de la Legislación Internacional y Puentes a Otros Campos y Disciplinas*, Procedimientos Seleccionados de la Sociedad Europea de Legislación Internacional, Volumen 5, Londres 2016, pp. 7-24; L.-A. Sicilianos, “*Le précédent et le dialogue des juges: l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme*”, in Société française pour le droit international, *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone 2016, pp. 89-104.
 - 2 Corte IDH. ‘*Otros Tratados*’ *Sujetos a la Jurisdicción Consultiva de la Corte* (Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No 1, párrafo 40.
 - 3 Para la noción de *corpus juris*, ver Corte IDH, *Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán-Morales et al.) vs. Guatemala*. Sobre el Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, sobre el Fondo, Reparaciones, Costas. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrafo 157 (n. 177). Para un análisis detallado y crítico del enfoque de la Corte IDH al comparativismo ver G. L. Neuman, *Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EJIL (2008), Vol. 19, No. 1, pp. 101-123.

la Corte hacer múltiples referencias a otras jurisdicciones incluyendo decisiones de Cortes regionales⁴.

Las otras dos Cortes Regionales de Derechos Humanos han hecho lo mismo. La Corte Europea de Derechos Humanos se ha referido a la jurisprudencia regional, por ejemplo, en *Margus vs. Croacia*⁵, donde la Corte tuvo que considerar el tema de amnistías en escenarios de posconflicto. En la sección de materiales relevantes de legislaciones internacionales, la Corte citó de manera amplia textos de la sentencia de *Gelman vs. Uruguay*, donde la Corte Interamericana había declarado

4 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 120. Ver también G. L. Neuman, *Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EJIL (2008), Vol. 19, No. 1, 101 (109) con referencia a: Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo* (Olmedo-Bustos et al.) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 69 y n. 18 (en cuanto a la libertad de expresión) (citando CEDH, *Handyside vs Reino Unido*, Serie A, No. 24 (1976), y casos posteriores); Corte IDH, *Caso los “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 103 y n. 50 (en cuanto a los beneficios de pensión como propiedad citando la CEDH, *Gaygusuz vs. Austria*, 39/1995/545/631, 1996-IV, 1129); Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Para una referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos, ver Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, en párrafos 159–161 (citando a la Corte Europea sobre la propuesta de que la presunción de la inocencia puede ser violada por declaraciones hechas por la policía a los medios afirmando la culpabilidad del acusado previo al juicio). En el *Caso Herrera Ulloa*, la Corte resumió la jurisprudencia de la Corte Europea sobre el tema de difamación. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, en el párrafo 170. En el *Caso Ricardo Canese* la Corte utilizó la jurisprudencia europea para enfatizar que los candidatos políticos deben ser sujetos a un mayor grado de escrutinio público y críticas durante el transcurso de una campaña política, ver *Caso Ricardo Canese*, Corte IDH, Serie C, No. 111 (2004), en los párrafos 83 y siguientes. Ver también M. Killander, *Ley Africana de Derechos Humanos en la Teoría y la Práctica*, en S. Joseph y A. McBeth (eds.), *Manual de Investigación sobre la Legislación Internacional de Derechos Humanos*, Cheltenham 2010, 388 (401 y siguientes.).

5 Corte Europea de Derechos Humanos, *Margus vs. Croacia* (27 mayo 2014), No. 44455/10, 2014-II.

que una ley que impedía el enjuiciamiento de violaciones graves a los derechos humanos era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶.

Se pueden hallar referencias cruzadas adicionales no solo respecto a temas sustantivos; también son relevantes para asuntos procesales. La Corte Africana de Derechos Humanos desde su primera sentencia sobre el fondo en el 2013, *Mtikila vs. Tanzania*, citó y se refirió a textos de sentencias de las Cortes Interamericana y Europea respecto al agotamiento de los recursos locales⁷.

Estos son solo unos cuantos ejemplos de una pluralidad de sentencias que ofrecen muestras de referencias cruzadas entre las Cortes regionales. Considerando que este no es el lugar para hacer una enumeración exhaustiva, pienso que es más fructífero referirme en el ensayo al fundamento normativo sobre el que se basan estas referencias cruzadas. En otras palabras, ¿cuál es la justificación subyacente de este compromiso comparativo? Este no es un tema meramente académico. Como se verá más adelante, es relevante a nivel práctico para determinar el alcance del interregionalismo y para defender a las Cortes de la ya repetida acusación de que son selectivas en sus referencias a otros materiales.

Racionalidad, legitimidad y coordinación como justificaciones subyacentes para el interregionalismo

Mi propuesta consiste en un objetivo triple para el interregionalismo: Las referencias cruzadas ayudan 1) a racionalizar, 2) a legitimar y 3)

6 *Ibid.* párrafo 63. Para la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos, ver; L.-A. Sicilianos, “*Le précédent et le dialogue des juges: l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme*”, en *Société française pour le droit international, Le précédent en droit international*, Paris, Pedone 2016, pp. 89-104.

7 Corte Africana de Derechos Humanos, *Mtikila vs. República Unida de Tanzania* (14 de junio de 2013), No. 011/2011, párrafo 82.1. La Corte citó de: Corte IDH, *Caso de Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 y de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Akdivar et. al. vs. Turquía* (16 de septiembre de 1996), No. 21893/93, 1996-IV.

a coordinar la jurisprudencia sobre derechos humanos. Me referiré a estas justificaciones una por una.

Lo primero y más importante, el comparativismo de los derechos humanos cumple una *función racionalizadora*. Las Cortes se relacionan con otras jurisdicciones como parte de su razonamiento legal en el cual diferentes posibles interpretaciones son debidamente consideradas. Al menos esta justificación fue una de las principales responsables de mi relación con otras jurisdicciones mientras servía como miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Podría ser que algunas jurisdicciones ya hayan logrado una experiencia importante en ciertos temas que podría ser valiosa para otras jurisdicciones también. Por esta razón la Corte Africana en el arriba citado caso de Tanzania, se refirió a las otras dos jurisdicciones regionales al determinar que solamente los recursos que están disponibles y son efectivos y suficientes, deben ser agotados antes de presentar un caso ante la Corte.

También en esta línea, cuando la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo que lidiar con desapariciones forzadas en la antigua Yugoslavia⁸ y Turquía⁹, la Corte Interamericana ya había lidiado de

8 Para referencias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la admisibilidad *ratione temporis* en casos de desapariciones forzadas, ver Corte Europea de Derechos Humanos [GC], *Šilih vs Eslovenia* (9 de abril de 2009), No. 71463/01, párrafos 111-118, 160.

9 Corte Europea de Derechos Humanos [GC], *Caso de Varnava et al. vs Turquía* (18 de septiembre de 2009), No. 16064/90-16073/90, 2009-V, párrafos 93-97, 138. Para la jurisprudencia de la Corte sobre desapariciones forzadas, ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Çakıcı vs. Turquía* (8 de julio de 1999), No. 23657/94; Corte Europea de Derechos Humanos, *Tanrıkuş vs. Turquía* (8 de julio de 1999) No. 23763/94; Corte Europea de Derechos Humanos, *Oğur vs. Turquía* (20 de mayo de 1999), No. 21594/93; Corte Europea de Derechos Humanos, *Aslakhanova et al. vs. Rusia* (29 de abril de 2013), No. 2944/06; 8300/07 et al.; Corte Europea de Derechos Humanos [GC], *Chipre vs. Turquía* (10 de mayo de 2001), No. 25781/94; Convención Europea de Derechos Humanos [GC], *Caso de Varnava et al. vs. Turquía* (18 de septiembre de 2009), No. 16064/90-16073/90; Corte Europea de Derechos Humanos, *Palić vs. Bosnia y Herzegovina* (15 de febrero de 2011), No. 4704/04; Corte Europea de Derechos Humanos, *Skendžić y Krznarić vs. Croacia* (20 de enero de 2011) No. 16212/08; Corte Europea de Derechos Humanos [GC], *El-Masri vs. La antigua República Yugoslava de Macedonia* (13 de diciembre de 2012), No. 39630/09.

forma extensa con estos abusos¹⁰. Con este antecedente, habría sido irracional ignorar la experiencia judicial de la Corte Americana. Por lo tanto, no fue sorpresa que la Corte Europea se refiriera en repetidas ocasiones a la jurisprudencia interamericana en casos de desapariciones.

Ambos ejemplos, los casos africanos y europeos, muestran que la consideración de la jurisprudencia de la otra institución puede alimentar de manera sustantiva la deliberación de una Corte. Como tal, se vuelve relevante para la interpretación textual y teleológica de los respectivos tratados, al grado que la segunda es guiada por el objetivo y fin¹¹ de los tratados – que es la protección internacional de los derechos humanos –; por tanto, la interpretación de otros órganos judiciales se vuelve relevante. Sin embargo, no predetermina el resultado de esta reflexión.

Segundo, el comparativismo en los derechos humanos cumple una *función legitimadora*. Las referencias a otras jurisdicciones a menudo buscan fortalecer la aceptabilidad normativa dentro del territorio de una Corte. En casos contenciosos, dichas referencias cruzadas podrían ser útiles para ser persuasivos y reforzarse mutuamente. Por lo tanto, es más probable que las referencias se hagan en aquellas instancias en las que una Corte va más allá de su jurisprudencia previa¹². Un ejemplo es *Bayatyan vs. Armenia* donde la Corte Europea de Derechos Humanos por primera vez reconoció el derecho a la

10 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 147–148; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie No. 124; Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; Corte IDH, *Caso de Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

11 Artículo 31 (1) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (adoptado el 22 de mayo de 1969, entró en vigencia el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT), Artículo 31(1).

12 Ver Corte Europea de Derechos Humanos [GC], *Bayatyan vs. Armenia* (7 de julio de 2011), No. 23459/03.

objeción de conciencia. En su razonamiento se basó específicamente en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU para fundamentar su propia interpretación evolutiva¹³.

La tercera justificación para la colaboración comparativa con otras jurisdicciones de derechos humanos es la *coordinación*¹⁴. Al tomar en cuenta las interpretaciones de otros órganos respecto a derechos similares se puede fortalecer la noción de universalidad. La coordinación puede ayudar a promover la noción de la protección universal de los derechos humanos al referirse a temas legales en común. Sin embargo, esto no impide que una Corte asuma un enfoque diferente si está convencida de tener mejores razones para llegar a sus propias conclusiones. La coordinación no implica uniformidad. La arriba mencionada sentencia en *Margus vs. Croacia* es un ejemplo apropiado. La Corte trató de coordinar su jurisprudencia con otras jurisdicciones con respecto a las amnistías otorgadas por violaciones graves a los derechos humanos fundamentales, especialmente crímenes de guerra, pero no descartó amnistías para violaciones de derechos humanos en términos más generales. Tampoco anuló la respectiva ley nacional de amnistía, aunque la Corte Interamericana dio un paso adicional en su jurisprudencia.

El alcance del interregionalismo

Enfocándonos ahora en la interacción de estas tres justificaciones para las referencias cruzadas, se puede rescatar lo siguiente: los tres objetivos juntos, racionalidad, legitimidad y coordinación, justifican la decisión de si una Corte emplea otra jurisdicción de derechos humanos y hasta qué grado. La decisión depende de las características específicas de cada caso. En algunas instancias, la necesidad de coordinación podría ser más fuerte que en otras.

La racionalidad, legitimidad y coordinación no solamente justifican hasta qué grado una Corte utiliza el comparativismo en

13 *Ibid.* párrafo 105.

14 G. L. Neuman, *Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EJIL (2008), Vol. 19, No. 1, 101 (112).

derechos humanos. También determinan los límites de este uso, evidentemente, con el fin de ser relevante desde un punto de vista racional, la interpretación por otros órganos de derechos humanos debe basarse en una redacción sustancialmente similar¹⁵. Adicionalmente, la comparación con otros casos requiere hechos similares. Por último, se debe considerar el respectivo contexto legal¹⁶.

Las consideraciones de legitimidad y coordinación también advierten sobre el grado de colaboración. Las referencias a otras jurisdicciones no siempre pueden ser aptas para fortalecer la aceptabilidad normativa en un territorio particular y la efectividad—esto es la implementación—de una sentencia. Por ejemplo, puede haber casos en los cuales la referencia a otra región sea menos persuasiva debido a características específicas regionales.

Un ejemplo es la pena capital, que originalmente no fue prohibida *per se* cuando se adoptó la Convención Europea de Derechos Humanos, sino hasta después, por virtud de los Protocolos No. 6 y 13. La abolición de la pena de muerte en prácticamente toda Europa¹⁷—que posteriormente llevó a la Corte Europea a cuestionar en primer lugar la compatibilidad de la pena de muerte con la Convención Europea—para mí pesa no es compartida en todas las otras regiones. Pocos países africanos han ratificado el Segundo Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ICCPR, sobre la abolición de la pena de muerte. Varios países de la Organización para la Unidad Africana, OAU, mantienen la pena de muerte no solo en la ley sino también en la práctica. Por esta razón, un cierto grado de interpretación dinámica, compartida ampliamente en una región y apoyada por el consenso regional estatal, podría no ser igualmente aplicable en otras partes del mundo¹⁸. Solo puedo especular, pero esta

15 Convención Europea de Derechos Humanos [GC], *Janowiec vs. Rusia* (21 de octubre de 2013) No. 55508/07 y 29520/09, párrafo 166.

16 R. Higgins, *¿Una Babel de voces judiciales? Reflexiones desde el Banquillo*, 2006 *Legislación Internacional y Comparativa Trimestral*, 791 (795, 804).

17 La Federación Rusa aún sostiene una moratoria.

18 G. L. Neuman, *Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EJIL (2008), Vol. 19, No. 1, páginas 101-123.

podría ser una razón por la que la Comisión y Corte Africana no han descartado la pena de muerte en términos generales hasta ahora¹⁹.

Para ser claros, esto no cuestiona el principio fundamental de la universalidad de los derechos humanos básicos. Sin embargo, es un aspecto relevante cuando consideramos el ritmo y aceptación de la interpretación progresiva. Aquí podrían verse diversas velocidades. Mientras un contexto particular pudo haber resultado en un consenso regional que justifica una interpretación dinámica del instrumento respectivo de derechos humanos, lo mismo podría no aplicar aún para otras jurisdicciones. Sin embargo, siempre hay motivo para tener esperanza y siempre hay oportunidad de mejora.

Las consideraciones de legitimidad que buscan mejorar la *aceptabilidad* normativa de las sentencias del tribunal, aconsejan implementar, respecto al comparativismo, un enfoque cuidadoso orientado al contexto. Este enfoque no necesariamente va en detrimento de la protección internacional de los derechos humanos. Un consenso regional podría extenderse a otras regiones siempre y cuando brinde un fundamento apropiado para un desarrollo jurisprudencial similar. Adicionalmente, un estándar más alto en una región no pone en riesgo la protección de los derechos humanos en otras partes del mundo. Aunque hay buenos motivos para coordinar la protección regional de los derechos humanos y evitar así contradicciones, no se requiere una uniformidad rigurosa.

Fertilización cruzada como un tema de proceso y no de resultado

Volviendo a la pregunta de si la cooperación entre las Cortes regionales refuerza la protección de los derechos humanos y hasta qué grado, me gustaría indicar que las referencias mutuas pueden ayudar a las Cortes a legitimar su jurisprudencia. Como tema de racionalidad,

19 Ver también G. Collin, J. Corredor, La pena de muerte en el corazón de los debates de la 62 Sesión Ordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (15 de mayo de 2018) disponible en: http://www.worldcoalition.org/The_death_penalty_at_the_heart_of_the_debates_of_the_62nd_Ordinary_Session_of_the_African_Commission-on-Human_and_Peoples_Rights.html.

la comparación juega un rol esencial en el análisis de temas legales. Forma parte de la consideración legal de las normas de derechos humanos porque una comparación con otros sistemas de derechos humanos ayuda a entender mejor los temas legales en cuestión; ayuda a identificar las consideraciones legales en juego y a formar las propias consideraciones. En esta misma línea, los intercambios mutuos pueden llevar a una fertilización cruzada significativa. Si dichos intercambios tienen además un efecto práctico real –y por lo tanto de verdad refuerzan la protección de los derechos humanos– va a depender al final de la persuasión. Por lo tanto, es necesario reconocer que la fuerza persuasiva de las referencias cruzadas podría variar y depende del contexto correspondiente.

Entendido de esta manera, el comparativismo da lugar a la convergencia, pero al mismo tiempo deja espacio para la pluralidad y el dinamismo, siempre y cuando el núcleo común de los estándares básicos de los derechos humanos esté protegido. La fertilización cruzada no es equivalente a la uniformidad. Después de todo, diferentes niveles de protección no necesariamente llevan a una contradicción o una negación, pero pueden contribuir a un avance continuo de los derechos humanos en el largo plazo. En definitiva, el avance de la protección a los derechos humanos es, de todas maneras, un proceso continuo. Puede ser conducido por diferentes dinámicas.

Como principales interesados en este proceso, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos, están en el asiento del conductor cuando interpretan sus respectivas convenciones. Evidentemente, su control sobre la velocidad de este proyecto determina hasta qué punto podrán abordar en él otros interesados. Un diálogo interregional puede servir como un propósito valioso en este sentido, siempre y cuando sea guiado por los principios de racionalidad, legitimidad y coordinación.

Conclusión

Según fue estipulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primera opinión consultiva, el transregionalismo es

esencial para el núcleo común de los estándares básicos de los derechos humanos. Considerando la negación y desconsideración directa de los derechos humanos básicos por parte de algunos representantes del Estado en el plano nacional e internacional, esto es ahora más cierto que nunca. En estos tiempos difíciles, será esencial para las Cortes Regionales de Derechos Humanos defender los estándares básicos de los derechos humanos de forma rigurosa; mantener la normatividad de los derechos humanos internacionales como una base fundamental para cualquier diálogo internacional, regional y nacional, y conservar el *acquis*, lo que hasta ahora se ha logrado. Una sólida cooperación entre las Cortes Regionales de Derechos Humanos ofrecerá un fundamento fuerte y valioso para este proyecto.

Desafortunadamente, en años recientes ha habido varias terminaciones y amenazas de retiro de las convenciones o protocolos regionales, tales como la denuncia de Venezuela a la Convención Americana en el 2013²⁰, amenazas recientes por parte de oficiales rusos de retirarse de la Convención Europea de Derechos Humanos²¹, y el *Rwexit*, el retiro de Ruanda de su declaración²² aceptando demandas individuales directas según el Protocolo de la Corte Africana²³. En una era de creciente nacionalismo, será una tarea fundamental para las

20 X. Soley, S. Steininger, *¿Terminando la relación o contraatacando? Retiros, reacciones negativas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14 Revista Internacional de Derecho en Contexto 2018, pp. 237-257.

21 A. Griffin, Rusia podría retirarse de la Convención Europea de Derechos Humanos, informe de la agencia estatal de noticias RIA (1 de marzo de 2018) disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-echr-human-rights-european-convention-putin-kremlin-eu-a8234086.html>. Ver también para Hungría, Parlamento Europeo, preguntas parlamentarias (29 de marzo de 2017) Asunto: Retiro de Hungría de la Convención Europea de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2017-002208+0+DOC+XML+V0//EN>.

22 Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Creación de una Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptado el 10 de junio de 1998, que entró en vigor el 25 de enero de 2004), Artículo 34(6).

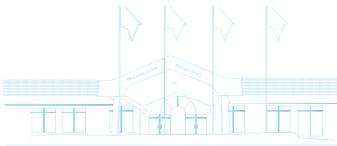
23 O. Windridge, *One Month to go: Use it before you lose it, the Rwexit Decision in Detail* (31 January 2017), en <http://www.acthrmonitor.org/one-month-to-go-use-it-before-you-lose-it-the-rwexit-decision-in-detail/>

Cortes Regionales de Derechos Humanos, defender el multilateralismo para poder sostener el estado de derecho internacional. Un enfoque conjunto a dichas amenazas en la forma de transregionalismo fortalecerá su posición individual en estos tiempos difíciles. Aparte de la terminación, hay muchos otros temas de preocupación común, tales como la migración, que llaman a un diálogo interregional y que interesarán a las Cortes Regionales de Derechos Humanos en los años por venir. Es, por lo tanto, muy oportuno que las Cortes hayan decidido crear una plataforma para dicha cooperación. Espero que los principios de racionalidad, legitimidad y coordinación puedan ofrecer un punto de partida valioso para esta colaboración interregional.



Suzanne Mengue Ntyam Ondo

*Jueza de la Corte Africana de Derechos Humanos
y de los Pueblos*



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Introducción

El 10 de diciembre de 1948, por primera vez en la historia, la comunidad internacional adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos “como el ideal común a alcanzar por todos los pueblos y por todas las naciones a fin de que todos los individuos y todos los órganos de la sociedad se esfuercen, a través de la enseñanza y de la educación, para desarrollar el respeto de esos derechos y libertades y garantizar su reconocimiento y aplicación efectivos”. En ese documento faro, los Estados miembros de las Naciones Unidas reconocen que “los derechos iguales e inalienables inherentes a todos los miembros de la familia humana constituyen la base de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo”. Los firmantes de la Declaración también resaltaron el carácter universal de los derechos humanos y la inviolabilidad de la persona humana.

Veinte años más tarde, la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos que se llevó a cabo del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 en Teherán, Irán, afirmó los ideales y los valores defendidos por la Declaración Universal, y recalcó que los derechos humanos son universales, indisociables e interdependientes. El 25 de junio de 1993, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, reafirmaron estos principios durante la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena.

El carácter universal de los derechos humanos significa precisamente, que todos los seres humanos del planeta deben gozar de los derechos y libertades inherentes a la naturaleza humana sin distinción de nacionalidad, de color, de sexo, de estatus social, económico u otros. Es necesario realizar esfuerzos en varios frentes para alcanzar los objetivos del disfrute, protección, promoción y respeto de los derechos humanos de todos los individuos.

En este sentido, la responsabilidad principal incumbe claro está, a las instituciones nacionales; sin embargo, el papel que juegan los órganos internacionales de derechos humanos es no solamente fundamental, sino que una cooperación multiforme entre esas instituciones resulta indispensable. Desde ese punto de vista, conviene

recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena han contribuido a dichos esfuerzos al establecer arreglos regionales y subregionales; al reforzarlos para aumentar su eficacia, subrayando la importancia de la cooperación para la promoción y la protección de los derechos humanos.

En este sentido, la Corte Africana es consciente de la importancia de la cooperación entre y con las Cortes hermanas de Europa y de América. La Corte Africana, en tanto jurisdicción más joven, reconoce y aprecia en su justo valor, la asistencia y las ventajas que ha recibido de parte de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos desde su creación, así como los impactos positivos de la asistencia recibida para reforzar su capacidad institucional y para el desarrollo de su jurisprudencia. Las experiencias que dichas jurisdicciones han compartido con la Corte Africana resultan inestimables, ya que han contribuido a la consecución de su objetivo principal: la protección de los derechos humanos y de los pueblos en el continente africano.

La importancia de la cooperación no puede subestimarse. Por esta razón la Corte ha visitado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2009, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias ocasiones. Ha mantenido lazos estrechos con esas jurisdicciones y firmó un Protocolo de acuerdo con la Corte Interamericana en el 2009, que fue revisado en el 2014. La mayoría de los jueces y funcionarios de la Corte también han visitado el Tribunal Europeo, siendo la última visita hace dos meses.

Áreas potenciales de cooperación futura

Por haberse beneficiado de la cooperación con ambas cortes, la Corte Africana comprende la importancia de una colaboración institucional permanente entre los tres órganos. Una colaboración continua entre todas estas instituciones permitirá reforzar el atributo universal de los derechos humanos y contribuir, además, a la elaboración de reglas y procedimientos internacionales comunes relativos a los derechos y libertades inherentes a todas las personas en su calidad de seres humanos. En este sentido, proponemos las tres

actividades siguientes, con miras a reforzar la colaboración entre las tres instituciones.

Establecimiento del programa de intercambios de personal

El intercambio de personal constituye uno de los campos de cooperación que las tres Cortes podrían establecer para reforzar su cooperación. Estos programas de intercambio de personal permiten a los miembros del personal de cada una de las instituciones visitar temporalmente otra institución, de acuerdo con las modalidades y condiciones que se convenga. Este intercambio también permitirá al personal adquirir una experiencia práctica sobre el trabajo que realiza la institución que lo recibe, aprovechando esta experiencia para mejorar el trabajo de su propia institución.

Los términos y condiciones del programa de intercambio serán elaborados posteriormente, pero la duración de los intercambios debería ser de uno a tres meses. Las tres instituciones, en función de la disponibilidad de sus recursos, así como en función de otros factores, podrían decidir excepcionalmente alargar o acortar ese plazo. A fin de operacionalizar esta iniciativa, las tres instituciones podrán movilizar sus recursos conjuntamente y crear un fondo especial.

Intercambio sistemático de información

Las tres instituciones podrían también contemplar un intercambio sistemático de informaciones, especialmente de aquellas relacionadas con las sentencias y con la organización de actividades. Iniciativas similares ya se han puesto en práctica entre las tres jurisdicciones de manera bilateral. Sin embargo, un intercambio tripartito, institucionalizado y más coordinado de información, así como la representación de cada institución en actividades organizadas por las otras, serían de gran valor para reforzar la cooperación existente.

En este sentido, la práctica de invitar representantes de cada institución a participar en las actividades organizadas por las otras, debería ser reforzada y estimulada.

Creación de una plataforma común de capacitación en línea

Una plataforma de capacitación en línea facilitaría el intercambio de conocimientos entre los jueces y el personal de las tres jurisdicciones. Esta plataforma podría tener la forma de un blog administrado por puntos focales de las tres Cortes, permitiendo al personal disponer de una cuenta en conexión, para hacer preguntas y compartir ideas.

Organización de un foro internacional anual de derechos humanos

A fin de facilitar el intercambio de experiencias y de conocimientos entre las tres instituciones, proponemos también la creación de un foro internacional sobre derechos humanos. Este foro podría tener el formato de una conferencia donde el personal de las tres jurisdicciones pueda reunirse una vez al año, para discutir sobre temas académicos seleccionados. El personal y los jueces de las tres instituciones podrían compartir sus puntos de vista sobre temas de interés común. Este foro podría ayudar a los jueces y al personal a actualizar sus conocimientos sobre las tendencias actuales de las reglas normativas internacionales en el campo de los derechos humanos, y a aprender mejores prácticas en materia de protección de los derechos en el seno de sus sistemas respectivos y más allá de los mismos.

Aun cuando el foro sea organizado bajo la tutela de las tres Cortes, puede servir como plataforma internacional de derechos humanos, asociando así a otros participantes, principalmente a los mecanismos de derechos humanos y a la sociedad civil. Además, durante cada conferencia anual, se puede invitar a expertos externos en ciertos campos, para que expongan y faciliten las discusiones.

A fin de operacionalizar las iniciativas aquí expuestas, así como otras actividades similares, propongo que las tres instituciones firmen un protocolo de acuerdo.

Conclusión

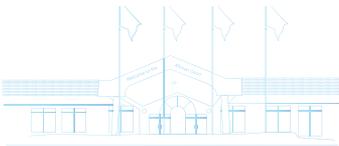
En conclusión, es importante insistir sobre el hecho de que la protección de los derechos humanos requiere de los esfuerzos de todos a nivel nacional, regional e internacional. Las jurisdicciones regionales de derechos humanos juegan un papel muy importante en el proceso de creación de un mundo pacífico, donde cada grupo humano viva con dignidad. Si bien ya se han dado algunos pasos, es necesario reforzar acciones con miras a una cooperación permanente entre dichos órganos, iniciando o estableciendo actividades conjuntas de interés común.

Hemos iniciado nuestros viajes por separado y en diferentes momentos, pero nuestra misión y los objetivos que defendemos siguen siendo los mismos. Les exhorto a todos entonces, para que conjugemos nuestros esfuerzos a fin de que la protección de los derechos humanos sea una realidad mundial.



Ganna Yudkivska

Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

La discusión sobre el fortalecimiento de la cooperación entre las tres Cortes regionales de derechos humanos es un tema central de nuestra reunión.

Quisiera agradecerle a mi colega y amiga, la profesora Anja Seibert-Fohr por la inspiradora introducción a nuestra discusión.

Hay mucho que discutir sobre el tema de cooperación entre las diferentes cortes de derechos humanos. La Dra. Anja Seibert-Fohr mencionó un término que me gusta mucho en este contexto: la “fertilización cruzada”, para expresar las ventajas de las referencias que hace cada corte a la jurisprudencia de las otras, para ir más allá al desarrollar su análisis de casos que tratan sobre temas legales similares.

Una investigación simple muestra que el TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en más de 30 sentencias, y en al menos 35 sentencias adicionales, jueces individuales han utilizado la jurisprudencia de la Corte IDH en sus respectivas opiniones separadas. Los temas legales bajo consideración han variado desde desapariciones forzadas hasta violencia doméstica, del concepto de dignidad al acceso a la información, del principio de *ne bis in idem* a la libertad de expresión de los sindicatos, entre otros. El presidente Raimondi mencionó varios casos esta mañana, por eso no los voy a repetir.

Desde el año 2000, aproximadamente un 60% de las sentencias de la Corte IDH han hecho referencia a sentencias del TEDH, y no es inusual que una sentencia de la Corte IDH cite una docena o más sentencias del TEDH, con un análisis extensivo de las mismas.

Durante las décadas de los 80 y 90, parecía que la Corte IDH hacía más referencia al trabajo del TEDH de lo que el TEDH consideraba las sentencias de la Corte IDH. Hoy en día es mucho más parejo. La Corte IDH con frecuencia cita la jurisprudencia más reciente del TEDH, por lo que parece que están al tanto del trabajo del Tribunal Europeo y siguen de cerca el trabajo de sus colegas europeos.

La Corte Africana, como lo confirmó la Dra. Anja Seibert-Fohr, también ha hecho referencia a la jurisprudencia de las otras

jurisdicciones; aunque por el momento no hay referencias por nuestro Tribunal a su jurisprudencia, estoy segura de que con el tiempo esto va a cambiar.

Esto es exactamente lo que la famosa abogada internacional estadounidense Anne-Marie Slaughter llamó la “globalización judicial”, “un proceso de interacciones judiciales entre, por arriba y por debajo de las fronteras, intercambiando ideas y cooperando en casos que involucran tanto el derecho nacional como el internacional”.

Nos enfrentamos a retos similares: conforme las nuevas tecnologías, el terrorismo, los problemas ambientales y otros desafíos y grandes tendencias trascienden las fronteras nacionales, también lo hacen las ideas legales. Por lo tanto, es importante desarrollar y aplicar principios de derechos humanos de manera coherente y consistente con la visión global, con base en la experiencia internacional. La Dra. Anja Seibert-Fohr explicó perfectamente cuáles son los objetivos de esta referencia cruzada, no tengo nada que agregar al respecto; pero la idea general es que cada vez que una de nuestras Cortes lidia con un nuevo concepto, que ya ha sido examinado por otra corte, es importante, en lo posible, tratar de no volver a inventar la rueda.

Me gustaría llamar su atención sobre otro aspecto de la fertilización cruzada que parece que se ha omitido en nuestra discusión el día de hoy; se trata de la parte procesal, la manera en la que trabajan las instituciones y cómo se manejan y se procesan los casos. Aunque es fácil encontrar casos en los que las Cortes han hecho referencia a la jurisprudencia de las otras, descubrir la influencia mutua en relación con el modo en que funcionan sus mecanismos, y cómo cada jurisdicción ha influenciado o aprendido de las otras, es mucho más sutil.

No hay mucha investigación hasta el momento –de la que yo tenga conocimiento– que realice un análisis comparativo de los métodos utilizados por las cortes internacionales de derechos humanos en contextos similares. Considero que es esencial intercambiar no solamente ideas legales y novedades jurisprudenciales, sino también identificar las mejores prácticas de nuestras respectivas Cortes que puedan ser utilizadas por otras jurisdicciones.

Para darles un ejemplo específico, a menudo tratamos con potenciales víctimas en una situación apremiante que necesita una

reacción urgente. La práctica de la Corte IDH de indicar medidas provisionales *proprio motu* en situaciones críticas es la única manera en la que se puede responder. Obviamente esto debería ser implementado por otras cortes al lidiar con situaciones similares. El TEDH, a pesar de que dicha posibilidad está contemplada en las reglas, es muy reticente a utilizarla.

Otro ejemplo es la gran variedad de medidas individuales utilizadas y ordenadas por la Corte IDH en la remediación de violaciones a los derechos humanos. El TEDH se restringe mucho más en este aspecto, lo cual es criticado dentro y fuera del tribunal.

Sobre las doctrinas utilizadas por las cortes, cabe mencionar el uso del margen de apreciación por el TEDH, que le permite al tribunal otorgar un grado de discreción a los Estados en la implementación de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Corte IDH no tiene este enfoque. Cada Estado miembro debe cumplir con los mismos estándares, sin importar los factores políticos, religiosos, culturales y otros que los diferencien. Se han criticado ambos enfoques; mientras que algunos han considerado que el enfoque de la Corte IDH es muy estricto y debería ser más flexible, otros creen que el enfoque del TEDH es muy tolerante y debilita la protección de ciertos derechos. ¿Podría haber aquí un punto para fertilización cruzada?

Hablando de aspectos procesales, uno de los temas más importantes que han tenido que enfrentar nuestras Cortes, y con el que siguen luchando constantemente, es el tema de casos pendientes y como sus procesos internos se enfocan en minimizar la lista de casos pendientes, a la vez que se mantiene un alto estándar de revisión de cada caso.

El TEDH ha implementado una serie de cambios procesales para reducir el número de casos pendientes e incrementar la eficiencia del tribunal al manejar un gran volumen de casos. En la discusión sobre la cooperación entre las Cortes creo que no se deben dejar de lado las maneras prácticas de aprender unas de otras y de implementar procedimientos similares, para que cada institución pueda afinar sus prácticas con base en lo que le ha dado resultados a las otras, bajo las circunstancias correctas por supuesto.

Las medidas desarrolladas e implementadas por el TEDH resultaron en una reducción masiva de los casos pendientes del tribunal, bajando de 160.000 en el 2011 a 60.000 en el 2018. La cooperación sobre las

mejores prácticas es vital y es un área en la que las cortes pueden aprender unas de otras.

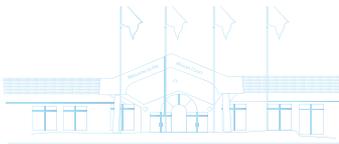
En resumen, la fertilización cruzada no se limita a su forma más pasiva de hacer referencias a la jurisprudencia, sino que incluye cooperación activa —el foro permanente que estamos discutiendo en estos días es exactamente cooperación activa— al discutir diferentes mecanismos procesales y al animar a los actores relevantes a que implementen aquellos que han funcionado en otras jurisdicciones si lo consideran útil. Creo que este sería un tema para el foro que estamos discutiendo.

Deberíamos vernos los unos a los otros, no solo como representantes de una región y una jurisdicción específica, sino como compañeros profesionales en un área que va más allá de las fronteras regionales y que nos permite vivir en una sola comunidad de derechos humanos.



Eduardo Vio Grossi

Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Quisiera agradecer la presentación de la doctora Seibert-Fohr. Realmente me incitó a pensar y a reflexionar sobre el tema de la cooperación de los tres tribunales, teniendo en cuenta la racionalidad, la legitimidad y la coordinación, los tres elementos esenciales de su presentación que no voy a repetir. Lo que sí rescato es que estos tres principios confluyen y se sustentan en un consenso, sin el cual no sería posible la persuasión. Persuasión y consenso pasan a ser dos elementos adicionales que van de la mano para poder lograr la racionalidad, la legitimidad y la coordinación. Dicho eso, me gustaría acogerme a una distinción que hizo el presidente Oré en la mañana, entre la cooperación jurisprudencial y la cooperación institucional entre los tres tribunales.

Lo atinente a la cooperación jurisprudencial, y que vale para ambas, es algo que existe en el ámbito del derecho internacional –mi especialidad– y es que estamos operando en una sociedad internacional que es distinta a la sociedad nacional; es una sociedad de Estados que todavía se dicen soberanos. Ello es una realidad y tenemos que actuar sobre la base de que no es una sociedad piramidal, como la nacional; no es una sociedad en que haya un tribunal superior a otro, no es una sociedad donde haya una fuerza que aplique lo que dispongan los tribunales, no hay un ejecutivo. Había un profesor español, que fue el primer presidente del Tribunal Constitucional de España y también profesor de la Universidad Central de Venezuela del que aprendí que el derecho hay que mirarlo como un orden, en el que hay dos tipos de orden: la organización, que es la realidad que se adecúa a lo que se pensó, lo que se pensó es lo que se impone, el Estado impone un orden; y la ordenación, que es el orden que surge de la realidad. La sociedad internacional es una ordenación pues va surgiendo de la realidad que existe; nadie dice quién es el principal Estado, nadie dice cuál es el principal órgano, es la sociedad la que lo va determinando. En esta sociedad, por lo tanto, el elemento reconocimiento tiene una importancia capital. Los Estados se reconocen entre sí, reconocen gobiernos, reconocen en alguna medida ahora, los derechos de las personas. De manera que la cooperación

entre los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, es para mí un acto de reconocimiento mutuo: nos estamos dando legitimidad, nos estamos reconociendo como iguales, y eso tiene un valor inmenso desde el punto de vista internacional. No solamente tenemos reconocimiento de algunos Estados, que son parte de la Convención, o reconocimiento de la jurisdicción, son los menos. Además, tenemos reconocimiento de nuestros pares, de nuestros iguales, y ese es el principal reconocimiento que indica, además, que en la sociedad internacional no están actuando solo los Estados, también hay otras entidades como los tribunales, y lo están haciendo con independencia. Quisiera rescatar esto porque tiene efectos tanto en la cooperación jurisprudencial como en la cooperación institucional.

En lo que atañe a la cooperación jurisprudencial, desearía resaltar algo que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos hemos ido elaborando y perfeccionando, a saber: cuál es el valor de la jurisprudencia. La jurisprudencia para la Corte Interamericana no es solo la que ella emite, es también toda la jurisprudencia de nuestros pares. La jurisprudencia que emerge en Europa o que surge en África, también ayuda a precisar las normas de derecho, no podemos obviarla, es un imperativo. No estaríamos actuando como juristas si obviáramos u omitiéramos lo que otras jurisprudencias dicen sobre las mismas materias. La jurisprudencia nos ayuda, estamos dándole un valor que realmente merece, no restringida solo a lo regional.

Además, a través de la jurisprudencia, estamos dándole el valor a otras dos fuentes que son autónomas, creadoras de derecho. Por un lado la costumbre internacional y por otro, los principios generales de derecho. La jurisprudencia da cuenta de estas otras dos fuentes y eso nos permite fallar conforme a derecho; nos permite que seamos juristas, buscando la justicia a través del derecho, y lo hacemos de esta manera amplia, generosa, evolutiva y creativa.

En tercer lugar quisiera señalar que la Corte, al invocar la jurisprudencia de los otros tribunales, está señalando y reforzando la universalidad de los derechos humanos. Está diciendo lo que ya todos han repetido, no es necesario decirlo aquí. Pero también está diciendo al mismo tiempo, que así como se acepta la globalización en términos económicos, hay que aceptar la globalización en términos

jurídicos. La globalización no tiene solo una vía, tiene dos vías y tres a lo mejor, no puede ser libremercadista sin ser librejurista.

Con todo, hay que tener cuidado con la globalización, sobre todo en los últimos tiempos, porque está siendo percibida –y a lo mejor así es, no me quiero pronunciar– como la imposición de grandes potencias. En efecto, no faltan las personas de buena fe que dicen que la globalización no es más que la imposición de las grandes potencias sobre los Estados más pequeños. Esta afirmación se ve reforzada cuando advierten que Estados poderosos exigen a los Estados latinoamericanos el pleno respeto a los derechos humanos y ellos mismos no se someten a la Convención ni menos a la Corte. No es un ejemplo para entrar en política, pero muchas personas en nuestras sociedades perciben que la globalización es más bien la herramienta de las grandes potencias y tenemos que hacernos cargo de esa realidad. Ahí reside la importancia de tener cuidado cuando nos citamos. Estoy siendo totalmente franco: a veces se nos critica por citar mucho a la Corte Europea, como si la Corte Europea nos impusiera criterios. Nosotros tenemos que tener presente esa realidad y más bien señalar por qué los citamos; los citamos por la jurisprudencia, porque el derecho nos impone citarlos.

Creo que esta globalización y esta universalidad tiene que ser equilibrada; es lo que tratamos de hacer con el regionalismo. El regionalismo aparece como un derecho más cerca de las personas, más próximo a ellas; lo universal aparece lejos en términos de imagen pública y también de realidades. Ya señalaba lo que le cuesta a alguien, por ejemplo de Puerto Williams, en el sur de Chile cayendo hacia la Antártida, llegar hasta Washington primero, y luego hasta aquí a San José. Les cuesta mucho, no hay un acceso rápido, entonces ven esto como una cosa “internacional”, burocrática, que además tarda muchos años y que a veces no se cumple. El regionalismo, en cambio, les dice “mire, estamos próximos”, no tanto como quisiéramos pero procuramos que el derecho se adecúe a la peculiaridad de la región, a su realidad, a lo que le es próximo.

La sentencia *Gelman* que se ha citado mucho, es muy querida para nosotros. Ese fallo señaló algo que es muy importante en América. Se dictó en un momento en que ya la democracia estaba consolidada y se pensaba que solo se condenaban las dictaduras, que las democracias

no se condenaban. Y sobre todo, estábamos ante una ley de caducidad que había sido sometida a referéndum o consulta popular en tres ocasiones y el pueblo, democráticamente, había rechazado que se derogara esa ley. Sin embargo, la Corte dice “eso es ilegítimo” desde el punto de vista del derecho internacional. Es decir, aunque haya sido aprobada democráticamente, en la democracia también se pueden violar los derechos humanos. Esa sentencia causó un impacto y le dijo a todos los Estados de América Latina “los demócratas también podemos violar los derechos humanos”. Entonces surge un gran desafío: en efecto, se pueden violar los derechos, pero esto no debe provocar una catástrofe, debe provocar enmienda o edificación, reparación, justicia, pero no una catástrofe. Los tribunales no deben ser nunca una catástrofe, deben ser parte de la vida. Como decía esta mañana, la gente quiere justicia, junto a la salud, a la educación y a otras necesidades.

El regionalismo indica la peculiaridad de “bajar”, por así decirlo, la vigencia de los derechos humanos, los hace más cercanos a las personas, y eso hay que reforzarlo y remarcarlo. Y es bueno si coinciden los regionalismos, pues ello ayuda a la universalidad.

En cuanto a la cooperación institucional, es más difícil porque siempre implica dinero, decisión política, y ninguna de las dos cosas están en nuestras manos, totalmente por lo menos; sobre todo la del financiamiento, es complicado. Pero quisiera decir que estoy absolutamente de acuerdo con la proposición del intercambio de personal, de jurisprudencia, de datos y con el foro mundial. Creo también, esto a título absolutamente personal, no de parte de la Corte, en la educación. Mucho de lo que uno aprende cuando joven, lo puede decir mejor cuando está viejo. Sin embargo, cuando uno está joven, tiene la mente más amplia. Podríamos pensar en que alguna Corte o las tres, organicen un curso de derecho internacional de los derechos humanos, en el que participen las tres Cortes o que la Corte que lo organice invite a las otras dos. Un curso dirigido a juristas jóvenes, porque ahí van a ir sembrando lo que será la judicatura en materia de derechos humanos hacia el futuro. Creo que el aporte educacional es capital en estas instituciones. Tuve la oportunidad de participar algunas veces, sobre todo cuando era miembro y presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, en un curso de derecho internacional en

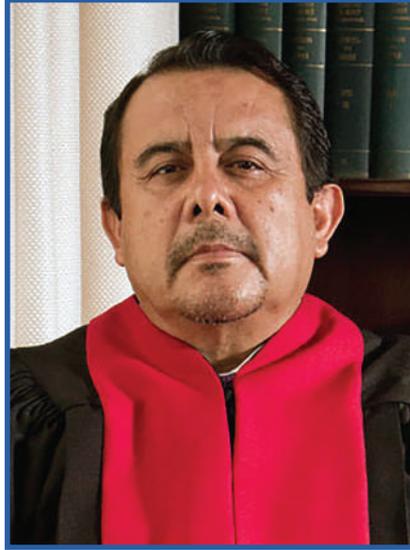
Río de Janeiro, que ya lleva muchos años en funcionamiento. En ese curso participan treinta o cuarenta personas, muchos profesionales del servicio exterior de las cancillerías americanas, y ahí establecen contactos que luego serán alianzas con el transcurso del tiempo. Creo que eso mismo deberíamos esbozarlo en este plan que elaboremos. También quisiera proponer que en nuestras reuniones bienales nos abocáramos a estudiar mecanismos más eficaces en términos de procedimientos. Tenemos que ir esbozando normas comunes de procedimientos, teniendo en cuenta que la justicia que tarda, a veces no es justicia, y nosotros, a lo mejor no por culpa nuestra, tardamos mucho. Debemos agilizar los procedimientos, hacerlos más eficientes y más eficaces; eso requiere un trabajo técnico, minucioso y detallado. No basta decir que vamos a reducir un plazo, que vamos a hacer una serie de cosas, tenemos que poner los ejemplos que ocurren y ver los mecanismos; en eso podemos cooperar mucho entre todos nosotros.

Por otra parte, pongo sobre la mesa un tema que es apremiante en la hora actual, cual es disponer de un código de ética compartido. Sostengo que sería excelente que nos autoimpusiéramos ciertas reglas de cómo proceder en todos los aspectos de la vida, en tanto seamos jueces. Eso podríamos trabajarlo a futuro en conjunto.

Quisiera terminar con dos reflexiones adicionales. Una, es considerar la manera para que, como Cortes regionales, seamos un vínculo eficiente entre los tribunales nacionales de nuestros Estados y las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Lograr que los tribunales nacionales perciban que los tribunales internacionales de derechos humanos son también tribunales que hablan su mismo lenguaje y que actúan con sus mismos principios. Se debe hacer un programa sobre ese particular porque en definitiva, como lo estamos viendo, son los tribunales nacionales nuestros principales interlocutores, sobre todo en democracia.

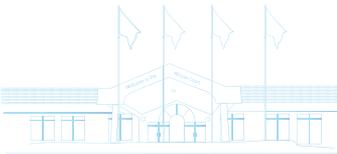
Finalmente, pienso que hay un desafío para la cooperación institucional. Ese desafío se refiere a lo planteado por mi colega Humberto Sierra Porto, cuando hablaba de derechas y de izquierdas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y todas las cortes, deben ser la casa de todos. Deben ser percibidas como la casa a la que las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos y los Estados también, puedan concurrir tranquilos, confiados, puesto

que ellas actúan conforme a la justicia rigurosa en el derecho, de forma prudente, objetiva e imparcial; en fin, con todas las garantías que otorga el proceso, sobre todo ante crisis que ellas asumen y no esquivan. Por lo mismo –tal vez estamos ante una crisis– debemos obtener algo bueno de ella, aprovechar esa oportunidad sin dejarla pasar. Tenemos que encabezar la reflexión para alcanzar un sistema de protección de los derechos humanos, más eficiente, más eficaz, más próximo a las personas, más justo para todos que el actual.



Patricio Pazmiño Freire

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



SESIÓN 3

Fortalecimiento de la cooperación entre las tres
Cortes Regionales de Derechos Humanos



CORTE IDH
Protegiendo Derechos

Conclusiones

Hemos concluido el tercer panel. Creo que para todos los presentes ha quedado claro que la articulación entre cortes y sistemas de protección de derechos, es un tema de alta complejidad y debate. Por lo tanto, no voy a hacer un resumen individual de cada ponencia.

El escenario que nos propuso una de las ponentes, respecto a los tres elementos que permiten entender o aproximarse al proceso de articulación de los sistemas regionales: la racionalización, la legitimación y la coordinación, es importante para reflexionar sobre el proceso de acercamiento entre las distintas instancias regionales.

Luego de la discusión se ha evidenciado que en este proceso de acercamiento, el ámbito de la coordinación, es el más pacífico. En él se han presentado propuestas puntuales e iniciativas para organizar eventos, intercambiar decisiones de las Cortes regionales, así como pasantías de jueces, juezas y letrados. Se ha destacado este elemento de la integración como el más factible de llevar a cabo; de hecho, es el que ya se está implementando aunque habría que impulsarlo con mayor regularidad.

También queda en evidencia un elemento que es necesario abordar como parte sustancial de esta articulación intersistemas de protección de derechos humanos: es la racionalización, entendida como la aproximación conceptual, desarrollo de contenidos y conceptos jurídicos.

No solo se han planteado inquietudes sobre la jurisprudencia en abstracto, sino sobre su construcción desde una perspectiva que articula la reflexión multidiversa –a partir de identificar e incorporar las particularidades, identidades y procesos locales, culturales, políticos, sociales, económicos y ambientales– sea de África, América Latina o Europa, y cómo estas identidades y particularidades encuentran puntos de conexión, tanto en la investigación jurídica que precede a los fallos, como en las propias decisiones judiciales que se producen. Este es un gran desafío. Aunque no es un problema que pueda resolverse en una conferencia, es un tema que debe ser también parte del acercamiento entre las Cortes. Podemos ir avanzando en

una suerte de *jus commune* de los derechos humanos en la esfera de la construcción articulada de los contenidos jurisdiccionales en nuestros sistemas regionales.

Para entrar en el terreno de la legitimidad, nos remitimos a otra ponencia, igualmente interesante, que se refirió a la caracterización de la jurisprudencia en el marco del derecho internacional. En ella vimos consideraciones que se van construyendo respecto a la jurisprudencia, no solo entendiéndola como un compendio de casos sino como la identidad del bien jurídico que se protege, y que ese bien jurídico va determinando una continuidad en la defensa y garantía de los derechos.

Analizado de esta manera, la racionalización y legitimación son partes de un proceso más de mediano y largo plazo en el que debemos debatir temas tan importantes como lo regional y lo global. Y en este orden de cosas, considerar cuál es la capacidad de lo regional y local para sobrevivir a los hegemones globales y en qué medida los problemas de carácter económico y político globales condicionan e impactan en los sistemas regionales de protección de derechos.

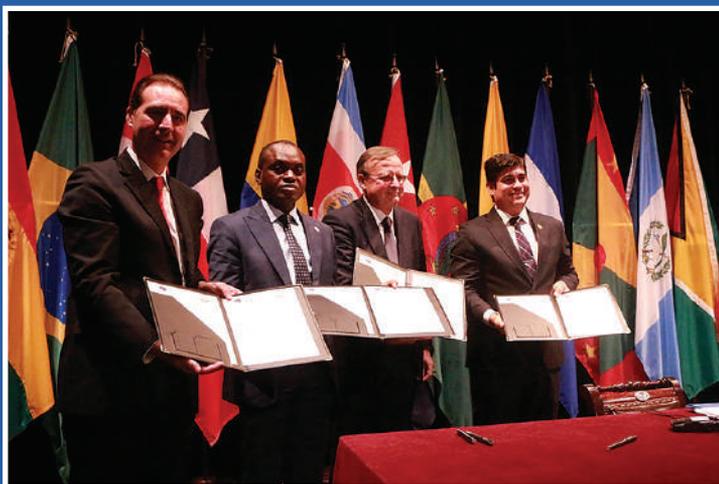
La cercanía de América Latina con Estados Unidos y la distancia con África y Europa, por ejemplo, establecen un marco de prioridades diferenciadas en la garantía y defensa de los derechos, que no es el mismo en el que se sitúan los sistemas europeo o africano. En consecuencia, este debate sobre globalización y regionalización debe conducirnos a una agenda que preste mayor atención a la resolución de problemas jurídicos en sus principios de universalidad, integralidad e interdependencia que den cuenta en pie de igualdad, a la protección, garantía y judicialización de los derechos ambientales, individuales, sociales y colectivos. Esos debates también son sustantivos al momento de construir un diálogo entre los sistemas regionales.

Para concluir, los temas colocados en la mesa demuestran que la relación entre nuestras Cortes es muy productiva y desafiante. Se percibió como consenso que estos encuentros son el escenario ideal para el intercambio de iniciativas, por lo que se valora como altamente importante y emblemática la firma del convenio.

Presidente, hasta aquí un apretado resumen que por supuesto no hace justicia a la rica discusión que se ha dado en esta mesa, cuyas omisiones, de buena fe, son de mi exclusiva responsabilidad.



Firma de la Declaración de San José
Teatro Nacional de Costa Rica
18 de julio 2018





DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ

Declaración Conjunta de los Presidentes
de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los
Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de
la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
en ocasión del 40 Aniversario de la entrada en vigor de la
Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la
creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los Presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reunidos en San José de Costa Rica el 18 de julio de 2018 con motivo del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Teniendo presente los antecedentes de diálogo institucional y jurisprudencial, los trabajos y esfuerzos comunes previos entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permitieron compartir criterios conceptuales y jurisprudenciales de cada Tribunal en beneficio común;

Celebrando y reconociendo el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una oportunidad excepcional para fortalecer el diálogo, la cooperación y los vínculos institucionales entre los tres tribunales de derechos humanos del mundo;

Conviene en:

1. Establecer un Foro Permanente de Diálogo Institucional entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos;



2. El Foro Permanente tendrá por objetivo trabajar conjuntamente para fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo jurisdicción de los tres Tribunales, contribuir con los esfuerzos estatales de fortalecer sus instituciones democráticas y mecanismos de protección de derechos humanos y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos.

3. El Foro Permanente se reunirá en sesiones privadas y públicas de manera rotativa en la sede de cada Tribunal, la temporalidad se fijará dependiendo de la necesidad de los Tribunales. Las reuniones de trabajo privadas serán sesiones en las cuales los tres Tribunales dialogarán, entre otros asuntos, sobre: a) los principales desarrollos institucionales, normativos y jurisprudenciales de cada Tribunal; b) el impacto, las dificultades y desafíos del trabajo desarrollado por cada Tribunal, y c) los mecanismos para fortalecer la cooperación entre los Tribunales. Las sesiones públicas serán eventos dirigidos a difundir y compartir el diálogo jurisprudencial entre los tres Tribunales. El foro podrá concluir su sesión con la suscripción de una declaración conjunta sobre los principales avances y consensos encontrados en cada reunión así como las medidas concretas a adoptar para fortalecer el diálogo y el trabajo común.

Firmada en San José de Costa Rica, el 18 de julio de 2018

Sylvain Oré
Presidente

Corte Africana de Derechos
Humanos y de los Pueblos

Guido Raimondi
Presidente

Tribunal Europeo de
Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente

Corte Interamericana de Derechos
Humanos



