

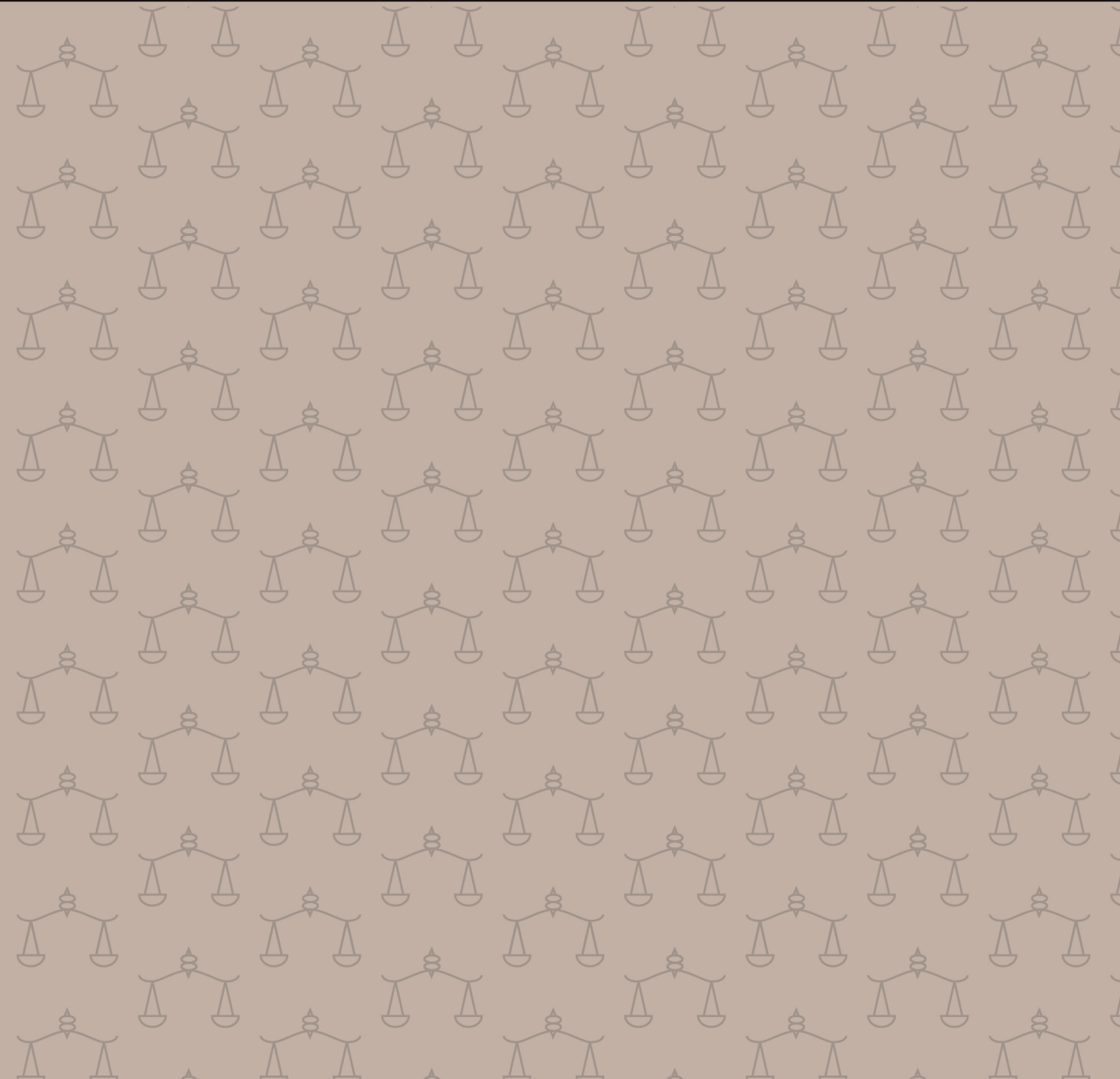
Nº 20, DIC. 2017

ISSN: 1390-6402

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio.

*Dossier: Vigilar al Vigilante:
ajustes necesarios en el
Sistema Interamericano de
Derechos Humanos*



Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinadora editorial

María Teresa Vera-Rojas

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes), Paolo Carozza (Notre Dame University), Larry Catá Backer (Penn State Law), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), András Jakab (Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca), Peter Van den Bossche (Maastricht University), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno).

Comité editorial

Ximena Bustamante, Sophia F. Espinosa, Johanna Fröhlich, José Irigoyen, Álvaro Paul, Pier Pigozzi, Daniela Salazar Marín, Vladimir Villalba.

Asistentes editoriales

María Gabriela Andrade, Analía Andrade, Aura Chiriboga, María Alejandra Chauvín, Michelle Cueva, Josselyn Espinosa, Abigail Quevedo.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Andrés Anrrango

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares de este número

Juan Pablo Albán, Erick Acuña, Javier Arcentales, Soledad Bertelsen, Ximena Bustamante, Hugo Cahueñas, Ligia Castaldi, Nicolás Cobo, David Cordero, Ignacio de Casas, Sofia Espinosa, Johanna Fröhlich, Lucas Gómez, Pablo González, Solanda Goyes, María Paula Grijalba, Luis Gerardo Guaicol, Andrés López, Andrés Martínez Moscoso, María Chiara Massetti, Adriana Alejandra Melga, Gabriela Melo, David Meneses, Marco Morales, Edward Pérez, Gladis Proaño, Martina Rápido, Claudia Salgado, Daniela Salazar, Patricia Tarré, Daniel Uribe, Teodoro Verdugo, Salim Zaidán.

Licencia legal: Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834

1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del

Derecho . Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdictio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera *bianual* y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

1. Política de secciones

Iuris Dictio posee tres secciones: monográfico, miscelánea y reseñas.

Monográfico

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección "*Miscelánea*" está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de "*Reseñas*" está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3.000 palabras y deben ser originales e inéditas.

2. Proceso de revisión por pares

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es *bianual*, teniendo una edición *en mayo y otra en noviembre*. Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se *difundirá* bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) *que ahora se está implementando en la revista*, intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

5. Envíos Online

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiclio/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

6. Normas para autores/as

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

8. Edición de la revista

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

ÍNDICE

DOSSIER

Presentación del dossier. *Vigilar al Vigilante: los ajustes necesarios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Dossier's presentation: Who is watching the watchman? The necessary adjustments to the Inter-American System

PIER PIGOZZI15

Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos

Formal and informal mechanisms to recognize new rights and the dysfunctionality of the Inter-American System of Human Rights

ARIEL DULITZKY Y KARINA G. CARPINTERO19

¿Qué citan los citados?: nichos de conocimiento en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

What do the quoters quote?: Niches of knowledge in the Inter-American System for the protection of human rights

EFRÉN ERNESTO GUERRERO SALGADO Y CAMILA CEDEÑO35

The American Convention on Human Rights. Updated by the Inter-American Court
La Convención Americana de Derechos Humanos. Actualizada por la Corte Interamericana

ÁLVARO PAÚL53

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos —SIDH— y la (¿real?) falta de apoyo regional

The Inter-American Human Rights System and the (Real?) lack of regional support

EDUARDO BERTONI87

¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos

Dialogue as a weapon? The battle of regional tribunals against the fragmentation of international human rights law

BRUNO RODRÍGUEZ REVEGGINO105

Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos

The good, the bad, the ugly, and the desirable in the (s)election of members of the Inter-American Human Rights Commission and Court

KARLOS CASTILLA JUÁREZ119

MISCELÁNEA

El derecho de sufragio de los extranjeros: de la tradición exclusionista a la desnacionalización de los derechos. Una mirada desde el derecho comparado
Foreign persons right to vote: From the exclusionist tradition to the denationalization of rights. A view from comparative law

KARLA ELIZABETH ANDRADE QUEVEDO139

Constitutional adjudication in the system of separation of powers. American impacts in Hungary

Adjudicación constitucional en el sistema de separación de poderes. Impactos americanos en Hungría

LÓRÁNT CSINK155

Evaluación psiquiátrica-psicológica forense de Simulación. A propósito de un caso forense real

Simulated psychiatric-psychological forensic evaluation. Regarding a real case

ÁNGELA DAMICELA SALAZAR DÍAZ Y ÁNGEL OSWALDO HERRERA LEMA167

Una visión sobre el daño moral en la relación de consumo

A comprehensive view of moral damage in consumer relations

JORGE GUSTAVO TAMAYO SILVA Y ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU179

The Role of the Organization of American States in Peaceful Settlement of Disputes

El papel de la Organización de Estados Americanos en la resolución pacífica de conflictos

SONIA BOULOS193

Mediators orientations: an analysis of mediation in Quito

Orientaciones de mediadores: un análisis de mediación en Quito

XIMENA BUSTAMANTE, MARÍA BERNARDA CARPIO FRIXONE, ISABELA MORENO BURNS Y MARÍA GRACIA NARANJO PONCE209

RESEÑAS

Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano. Ignacio de Casas y Fernando M. Toller (2015). México: Editorial Porrúa

HÉCTOR JOSÉ MIGUENS243

Nº 20, DIC. 2017

ISSN: 1390-6402

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio.

*Dossier: Vigilar al Vigilante:
ajustes necesarios en el
Sistema Interamericano de
Derechos Humanos*



PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. VIGILAR AL VIGILANTE: LOS AJUSTES NECESARIOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Dossier's presentation: Who is watching the watchman?
 The necessary adjustments to the Inter-American System

PIER PAOLO PIGOZZI (COORD.)
 Universidad San Francisco de Quito¹

Después de la entrada en vigor de la Convención Americana, la Corte Interamericana celebró su primera reunión en junio de 1979. Después, entre 1982 y 1987, la Corte dictó nueve opiniones consultivas y, entre 1987 y 1989, dictó sus tres primeras sentencias de admisibilidad, llegando a decisiones sobre el fondo en esos mismos tres casos contra Honduras y dictando dos sentencias sobre reparaciones y costas, e incluso una sentencia interpretativa sobre el caso Velásquez Rodríguez. En los siguientes diez años, la Corte dictó cinco opiniones consultivas más y 63 sentencias en casos contenciosos (hasta noviembre de 2017 la Corte ha dictado 341 sentencias y 22 opiniones consultivas). Con este crecimiento exponencial del trabajo jurisdiccional de la Corte en los años 90, también vinieron las primeras preguntas sobre cuál debía ser el futuro de esta institución. Varios libros (Méndez y Cox, 1998) y artículos académicos (Trindade, 1995; García Ramírez, 2001; Ayala, 2001, entre otros) empezaron a considerar, en virtud de ese desarrollo, cuáles eran los principales *desafíos* para el futuro de la Corte y cómo enfrentarlos.

Desde entonces, las consideraciones sobre el futuro del sistema Interamericano, de sus desafíos o de su fortalecimiento han sido una constante en la literatura de la región. Lastimosamente, en el período comprendido entre 2011 y 2013 los gobiernos de Ecuador, Nicaragua y Venezuela tomaron el nombre de esta discusión y bajo esa misma nomenclatura iniciaron un proceso político que en realidad buscaba debilitar las instituciones del Sistema Interamericano, poniendo así obstáculos a su trabajo.

En mucho, la discusión de expertos y académicos sobre el futuro del sistema interamericano en esos años entró en una etapa en la que lo primordial era apoyar a las instituciones del Sistema Interamericano para no ceder frente a ataques maliciosos. Como veremos en este dossier, las preocupaciones sobre la legitimidad y legalidad de la manera en la que la Corte (y seguramente la Comisión) aplica la Convención Americana no son infundadas; sin embargo, esas preocupaciones nunca debieron servir como justificación para debilitar el nivel supranacional que funciona como último recurso para la protección contra violaciones a los derechos humanos en nuestra región.

Una vez que los ataques han disminuido, instituciones y académicos que difieren en criterios, pero que comparten el compromiso por la defensa de los derechos humanos, han retomado la tarea de evaluar los desaciertos del Sistema Interamericano en pos de proponer alternativas y correctivos para que la Corte y la Comisión continúen con su importante labor en la protección y promoción de los derechos humanos en las Américas. Este dossier busca contribuir en ese diálogo, que desde 2014 ya cuenta con por lo menos dos episodios liderados por el Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame (2014) y por la organización colombiana Dejusticia (2015).

¹ Profesor e investigador del Colegio de Jurisprudencia en la Universidad San Francisco de Quito.



El objetivo que se planteó este dossier fue observar la actuación de la Corte y de la Comisión, aprovechando que el clima de amenazas patentes se ha atenuado y teniendo presente que la mejor forma de fortalecer el trabajo de estas instituciones es la crítica sincera, rigurosa y ética. De manera espontánea, los artículos han respondido con consideraciones sobre la legitimidad del trabajo de la Corte Interamericana. Varios de los trabajos presentados también coinciden, sin que haya sido una sugerencia de la convocatoria, en el uso de metodologías que combinan análisis cuantitativos. Parecería que esta elección metodológica no es accidental y que podría tratarse de una manera de mostrar razones objetivas para evaluar la legitimidad de las sentencias de la Corte después de una temporada que estuvo dominada por críticas tendenciosas o incompletas.

Abre este dossier el artículo de Ariel Dulitsky y Karina Carpintero, trabajo que nos da una pauta clara de los temas que serán respondidos y rebatidos en el resto del monográfico. El tema central de este primer escrito es el análisis de los mecanismos formales e informales que existen en el Sistema Interamericano para el reconocimiento de nuevos derechos. Según los autores, la característica principal de este proceso es la “asistematicidad”. Por ello, aunque existen mecanismos formales de reforma, los Estados prefieren introducir nuevos tratados y, la Corte, en lugar de explotar el texto de esos nuevos tratados para ampliar el significado de los derechos de la Convención Americana, prefiere buscar fundamentos para sus decisiones en otros instrumentos fuera del ámbito interamericano, y así sus sentencias enfrentan serios cuestionamientos sobre la legalidad y legitimidad. Dulitsky y Carpintero nos muestran en su texto varios escenarios en los que la Corte Interamericana termina por aplicar jurisprudencia nacional o de comités de otros sistemas de protección por sobre su propia jurisprudencia.

Efrén Guerrero Salgado y Camila Cedeño presionan sobre la misma hipótesis de asistematicidad en las fuentes utilizadas por la Corte Interamericana y nos presentan en su artículo una evaluación desde una perspectiva “cuali-cuantitativa”. Ellos analizan todas las decisiones alcanzadas durante el último período de sesiones de la Corte en el 2016 y buscan descifrar cuáles son los nichos de conocimiento que más frecuentemente consulta la Corte y por qué les reconoce mayor valor que a otros. Guerrero y Cedeño no cuestionan la interpretación dinámica o evolutiva de la Corte IDH, pero sí la inexistencia de una lógica bien establecida para determinar qué fuentes dan sustentabilidad a las decisiones de la Corte. De este modo, los dos artículos presentados deberían llamar la atención de la Corte Interamericana para definir de manera más estable y transparente qué fuentes cuentan como mayor autoridad para su jurisprudencia y por qué. En un sistema de protección de derechos humanos marcado por la interpretación evolutiva y en el que no hay una tradición de obediencia al principio de *stare decisis*, toda persona interesada en estudiar o aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos se enfrenta con la enorme dificultad de dilucidar cuál es su alcance actual.

Álvaro Paúl presenta en su texto una contribución original para dilucidar cuáles son los derechos que actualmente están protegidos en el Sistema Interamericano. Su trabajo es un primer esfuerzo para mostrar de manera sintética en qué medida la Corte ha modificado el texto de la CADH² en estas casi cuatro décadas de ejercicio de la función jurisdiccional. Gracias al formato *sui generis* del artículo de Paúl, se puede apreciar con un solo vistazo el estado actual de la jurisprudencia interamericana. Con toda seguridad, este es un escrito que generará un intenso debate ¿Hay más cambios que los registrados por el autor? ¿Son acertadas las modificaciones registradas? ¿Es, por ejemplo, el control de convencionalidad una adición al Artículo 1.1 de la Convención o una reforma al Artículo 2? Queda claro, en cualquier caso,

² Convención Americana de Derechos Humanos.

que esta herramienta de consulta sería todavía más útil si se mantuviera actualizada y abierta a la discusión³.

Todavía en materia de la legitimidad de la interpretación y aplicación de la Convención, Eduardo Bertoni denuncia que el nivel de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana continúa siendo bajo y que, en buena medida, ello podría tener una causa: la poca legitimidad que tiene entre los Estados la manera en la que la Corte interpreta la Convención Americana. Sin embargo, el autor también revisa otras hipótesis que podrían explicar ese bajo índice de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, tales como la complejidad de algunas de sus órdenes de reparación o la falta de recursos en los estados sancionados. Para este análisis, él retoma el trabajo de 2008 de Gerald Neuman y lo complementa con estadísticas actualizadas sobre el cumplimiento de las órdenes de reparación de la Corte Interamericana. La revisión de Bertoni cuestiona hasta qué punto una Corte cuyo rol es justamente el de servir como un control contramayoritario debería preocuparse por la aceptación o la legitimidad de sus fallos entre los Estados a los que sanciona. Su respuesta (presentada durante la reunión de 2017 del SELA⁴, en Quito) es profunda y abre nuevos cuestionamientos que deberían ser abordados en investigaciones futuras.

Entre los métodos informales para la determinación de nuevos derechos que Ariel Dulitsky y Karina Carpintero discuten en el artículo inicialmente presentado, se encuentra el diálogo transnacional entre cortes. Mientras que a ellos les parece que éste es “escaso y aun embrionario” y que no aporta mayor legitimidad a los pronunciamientos de la Corte, Bruno Rodríguez Revegino, por su parte, considera que ese diálogo jurisprudencial empieza a ser una respuesta importante para minimizar la fragmentación interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acción que contribuye a dar mayor legitimación a todos los sistemas internacionales de protección internacional. El contraste de ideas entre los dos artículos es provocativo e invita a cuestionar si es deseable una universalidad rígida en la aplicación de los derechos humanos, si es el intercambio de ideas entre jueces una herramienta para legitimar su autoridad, o si dicha autoridad simplemente debería basarse en la aplicación del derecho.

En una tónica diferente, Karlos Castilla nos presenta “lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable” en la elección de integrantes de la Comisión y la Corte y, a partir de ello, razona sobre una fuente diferente de legitimidad para el trabajo de la Corte y la Comisión. El autor denuncia, sin velos, varios vicios en los procesos de selección y presenta algunas propuestas para mejorarlos siguiendo y ampliando los lineamientos fijados por el CEJIL⁵ para esta materia. Es interesante notar que este artículo extiende la evaluación incluso hacia la selección del personal de las secretarías técnicas de la Comisión y Corte.

Si de vigilar al vigilante se trata, resta mucho por decir sobre el rol que debe cumplir la academia nacional e interamericana, la diplomacia y la diversificación de voces que participan en representación de las sociedades de nuestros países. Por el momento, este dossier nos deja reflexiones importantes sobre la necesidad de que la Corte Interamericana transmita un mayor aprecio por los postulados del principio de legalidad, que a la vez es una de las áreas de mayor deficiencia para todas las democracias de la región.

³ Para ello, cabe señalar que las facultades de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y de la Pontificia Universidad Católica de Chile han iniciado una segunda fase de esta investigación para transformarla en una herramienta informática que permita dar continuidad al trabajo formidable realizado por Álvaro Paúl.

⁴ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe.

⁵ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

Referencias bibliográficas

- Ayala, C. (2001). Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, 30, 91-128.
- Carozza, P. (2015). The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5 (1), 153-170.
- García Ramírez, S. (2001). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 34 (101), 653-683.
- Méndez, J. y Cox F. (1998). *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: IIDH
- Rodríguez Garavito, C. y Sánchez León, N. C. (2015). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Dejusticia
- Trindade, A. (1995). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: algunas reflexiones. *Revista de Estudios Internacionales*, 28 (109), 3-9.

Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos

Formal and informal mechanisms to recognize new rights and the disfunctionality of the Inter-American System of Human Rights

ARIEL DULITZKY
Universidad de Texas, Austin

KARINA G. CARPINTERO
Pontificia Universidad Católica Argentina

Resumen

El reconocimiento de nuevos derechos y estándares de derechos humanos en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha seguido distintas lógicas. En este artículo categorizamos mecanismos formales e informales a partir de un estudio del marco jurídico interamericano y la jurisprudencia de sus órganos. Este análisis crítico pretende reflexionar sobre el avance de estos mecanismos dentro del sistema interamericano y su discutida legitimidad democrática.

Palabras clave

Sistema Interamericano de Derechos Humanos / Derechos Humanos.

Summary

The acknowledgement of new rights and human rights standards in the context of the Inter-American System of Human Rights had followed different logics. This paper categorizes formal and informal mechanisms regarding the inter-american legal framework and the jurisprudence of its organs. Here we propose a critical analysis of the progress of the inter-american system of human rights' mechanisms and its debated democratic legitimacy.

Keywords

Inter-American System of Human Rights / Human Rights.

1. Introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) ha contribuido a institucionalizar el reconocimiento de derechos humanos en América Latina y el Caribe. A través de este tratado, se crearon mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos, que acompañaron las transiciones hacia la democracia y la instauración de un núcleo de derechos humanos inderogables. Desde su aprobación en 1969, se han producido distintas transformaciones, que no han sido necesariamente uniformes o sistemáticas, en el proceso interamericano de reconocimiento de derechos humanos en América Latina y el Caribe. De modo contrario, los mecanismos de creación de nuevos derechos han seguido distintas lógicas, que aquí distinguiremos entre formales e informales. Previo a llegar a esta cuestión, que hace al punto central de este artículo, es interesante recordar el contexto de aquel entonces.

La CADH, aprobada en 1969 se mostró permeable para acompañar los distintos cambios sociales e institucionales del hemisferio. El Sistema Interamericano y, en particular,



la Convención Americana se adecuaron flexiblemente a realidades diferentes a través de la creación de nuevos derechos o la expansión de los ya reconocidos, de la mano de la adopción de nuevos tratados, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la justicia constitucional latinoamericana. Ahora bien, en esta carrera por el reconocimiento de nuevos derechos y la elevación del umbral de protección que ofrece la CADH, la evolución que propusieron los organismos regionales se ha presentado eminentemente asistemática. Caracterizamos como asistemático este devenir interamericano por la falta de criterios predecibles en cuanto a cómo y cuándo se crean nuevos derechos o se expanden los existentes. Así, hay casos individuales que toman la forma de estándar regional o que ordenan reformar constituciones sin basarse en textos convencionales claros. Se adoptan convenciones interamericanas especializadas en lugar de reformar o pensar en protocolos a la CADH. Estas convenciones especializadas muchas veces son utilizadas luego por la CIDH sólo para complementar argumentaciones, pero no para desarrollar nuevos y mejores estándares especializados. Del mismo modo, se extienden los derechos, supuestamente, bajo un diálogo jurisprudencial con las altas cortes de América Latina y el Caribe que tiende a ser algo más parecido a un monólogo unidireccional de la Comisión. El propósito de este artículo es contribuir al debate sobre si la existencia de canales más sistemáticos de creación de nuevos derechos en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos podría mejorar la legitimidad en el proceso de creación de derechos y con ello mejorar su protección en la región. Para formular dicha proposición dividimos este artículo en tres secciones. En la primera sección, presentamos los mecanismos formales de ampliación de derechos. Con esta expresión, nos referiremos a las acciones que habilita la propia CADH mediante sus previsiones 76 y 77, protocolos y enmiendas. En la segunda sección, distinguimos los mecanismos informales como otra forma de ampliar derechos. Esta diferenciación con los mecanismos formales se debe a que no surgen específicamente del tratado interamericano (hoja de ruta del sistema interamericano y rectora de sus órganos jurisdiccionales). Por eso, incluimos en este alcance, a las convenciones interamericanas especializadas en distintos derechos y la interpretación que ha realizado la CIDH mediante su jurisprudencia, así como la de los tribunales nacionales. En la cuarta y última sección, compartimos una reflexión final.

2. Mecanismos formales de ampliación de derechos

Denominamos mecanismos formales de ampliación de derechos a los procedimientos de reforma establecidos en la CADH. Dicho tratado, prevé dos disposiciones para la creación de nuevos derechos, los Artículos 76 y 77 (incisos 1 y 2).

El Artículo 76 prevé la reforma de la Convención a través de enmiendas. Este artículo debe ser complementado con el Artículo 31 de la Convención que dispone “podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Artículos 76 y 77”. No obstante, el Artículo 76 no ha sido aplicado; es decir, no se han realizado enmiendas a la Convención, y por lo tanto es difícil saber cuál es la interpretación adecuada del Artículo 76 de la CADH.

Para comprender mejor el Artículo 76 de la CADH, es importante destacar que el primer párrafo se refiere a la Asamblea General y a la Secretaría General, dos órganos pertenecientes a otro tratado, la Carta de la OEA. Respecto a la Asamblea General, ella está integrada por representantes de todos los Estados miembros de la OEA, algunos de los cuales

no son Estados Parte de la Convención. En la misma sección, se expresa que la propuesta de enmienda debe ser sometida a la Asamblea General “para lo que estime conveniente”; no se determina si es la propia Asamblea General o la Asamblea de Estados Parte la que debe decidir sobre la propuesta de enmienda.

El segundo párrafo del Artículo 76 de la CADH estipula la entrada en vigor de las enmiendas sólo para los Estados ratificantes de las mismas. Así, genera la posibilidad de obligaciones y derechos distintos, según se trate de Estados ratificantes o no de dicha enmienda (Arrighi, 1998). Con ello, podría haber derechos vigentes para algunos Estados, pero no para otros.

En el único precedente donde existe una propuesta de enmienda a la Convención, es en un caso realizado por Nicaragua. La Asamblea General decidió solicitar a todos los Estados miembros de la OEA su opinión para que sea considerada luego por los Estados Parte de la Convención. La propuesta nicaragüense nunca fue discutida y aprobada por los Estados Parte (Arrighi, 1998).

Complementariamente, el Artículo 77 prevé la posibilidad de incluir otros derechos a través de protocolos adicionales a la CADH “con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. A diferencia del procedimiento previsto en el Artículo 76, ha habido dos protocolos a la Convención adoptados en función del Artículo 77¹. Este precepto prevé, a diferencia del Artículo 76, que las propuestas de protocolos serán sólo sometidas a “consideración de los Estados Partes” y no de todos los Estados miembros de la OEA. El caso que prevé el Artículo 77 fue utilizado en distintas oportunidades.

El primer protocolo adoptado fue el Protocolo Adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante “Protocolo de San Salvador”). El Protocolo se origina en una propuesta sometida por la Comisión que fue considerada y adoptada por la Asamblea General reunida en San Salvador, El Salvador, de allí su nombre. Es importante destacar que el Protocolo fue aprobado por la Asamblea General de la OEA y no por los Estados Partes de la Convención como lo dispone el Artículo 77. El Protocolo de San Salvador fue acogido, de acuerdo a su Preámbulo, con el objetivo de que los derechos económicos, sociales y culturales “sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos”. Por tanto, es un instrumento regional especializado que protege de manera directa el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, al trabajo, a condiciones de trabajo justas y equitativas, derecho a la sindicalización, seguridad social, los beneficios de la cultura, y la protección especial de la familia, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad (Melish, 2008, p. 239). La CIDH ha entendido que el Protocolo recoge “avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente” (CIDH, 2009a, *Kawas Fernández Vs. Honduras*, párrafo 148). Sin embargo, hasta el momento, la CIDH no ha determinado la relación entre el Protocolo y el Artículo 26 de la Convención que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. Tampoco ha explicado cuál es la relación entre los derechos contenidos en el Protocolo con los emergentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Respecto del tratamiento que pueda ofrecer la CIDH en cuanto al Protocolo de San Salvador, vale decir que su Artículo 19.6, dispone que el tribunal interamericano sólo puede ejercer su función contenciosa en caso de violación del derecho a la educación (Artículo 8) y libertad sindical (Artículo 13). No obstante, la CIDH ha utilizado e interpretado el Protocolo de San Salvador en diferentes contextos. Esto refleja que el Protocolo contiene

¹ A diferencia de la americana, la Convención Europea de Derechos Humanos tiene 16 Protocolos.

disposiciones sustantivas sobre los derechos protegidos y que extiende, aunque limitadamente, la competencia de la Comisión y la CIDH.

Inicialmente, la CIDH había considerado al Protocolo para “fijar el contenido y alcance” de otros artículos de la Convención (CIDH, 2004c, *Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, párrafos 148 y 172). También había entendido que el Protocolo a veces “recoge la misma idea y precisa” el contenido de derechos genéricos contemplados en la Convención (CIDH, 2001, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, párrafo 159). De hecho, en virtud del Artículo 29 de la Convención, el Tribunal ha utilizado el Protocolo para extender o precisar el alcance de ciertos derechos de la Convención (CIDH, 2012d, *Artavia Murillo y otros Vs. Ecuador*; párrafos 150 y 122). Incluso, ha utilizado el Protocolo para analizar las limitaciones permisibles de derechos reconocidos en la Convención y refiriéndose a artículos del Protocolo que no figuran mencionados en el Artículo 19.6 del Protocolo sobre casos individuales y la competencia de la CIDH (CIDH, 2003, “*Cinco pensionistas Vs. Perú*, párrafo 116).

Recién, en 2015, en la sentencia dictada en el caso *Gonzales Lluy Vs. Ecuador* (CIDH, 2015), la CIDH hace, por primera vez, un pronunciamiento directo de la violación al Protocolo de San Salvador. La CIDH se pronunció en cuanto al derecho a la educación (Artículo 13) en relación con los Artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy. Esto marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia del tribunal interamericano (CIDH, 2005b, *Huilca Tecse Vs. Perú*, párrafo 74) al tiempo que suscitó críticas por la forma de utilizar el Protocolo (Ronconi, 2016). El problema fue que la CIDH no se focalizó en la interpretación del Artículo 26 de la CADH, tal como se había argumentado sosteniendo la justiciabilidad de los derechos reconocidos en tal artículo. La CIDH, en cambio, evadió este debate y prefirió aplicar el Protocolo de San Salvador. Ciertamente, es valioso que la CIDH haya integrado otro instrumento, y que lo haya operacionalizado. Tal camino no es incorrecto, pero es asistemático (en el sentido de no haber analizado la relación entre el Artículo 26 de la Convención y el Protocolo de San Salvador). Queda para otra ocasión esperar que la CIDH dé pautas sobre estas relaciones que resultan esenciales para Estados que han ratificado la Convención y el Protocolo así como aquellos que aún no han ratificado el Protocolo².

El segundo protocolo fue adoptado el 8 de junio de 1990 en la 20va Sesión Ordinaria de la Asamblea General celebrada en Asunción, Paraguay. El protocolo es concerniente a la Abolición de la Pena de Muerte y se origina en una iniciativa uruguaya y un proyecto de la Comisión. En este caso, la Asamblea General sometió el Protocolo a la consideración de los Estados Parte de la Convención (Resolución 0/90 de la Asamblea General AG/RES/0/90). En su preámbulo claramente se indica que el Protocolo significa un “desarrollo progresivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El objetivo del Protocolo es “consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano”.

Ahora bien, este protocolo no ha sido interpretado jurisprudencialmente. De hecho, en el marco de uno de los principales estudios sobre pena de muerte en el Sistema Interamericano (Resolución 0/90 de la Asamblea General AG/RES/0/90) el Protocolo apenas es mencionado. Cabe preguntarse, desde la perspectiva de la sistematicidad, si el Protocolo era necesario, cuál era su utilidad y cuáles son los motivos de su subutilización. Al mismo tiempo, es permisible decir que el efecto preventivo de la adopción de este Protocolo ha funcionado y reflejado un consenso regional existente. Simultáneamente, se demuestra, por la falta de casos litigiosos, que dicho consenso no ha sido violado por los Estados ratificantes.

² Los países signatarios del protocolo de San Salvador que aún no han ratificado son Brasil, Chile, Colombia, Honduras y Surinam.

3. Mecanismos informales de ampliación de derechos

El hecho de que existan mecanismos formales para ampliar el catálogo de derechos que consagra la Convención, no ha significado que se les haya dado algún uso. A modo contrario, la expansión de derechos se ha dado a través de mecanismos eminentemente informales. Como tales, consideramos (a) la adopción de convenciones interamericanas y (b) la interpretación de la CIDH Interamericana en su jurisprudencia. La distinción entre la adopción de nuevas convenciones y la expansión jurisprudencial es esencial pues la voluntad estatal continúa presente (y en esto se acerca a los procedimientos formales de la sección anterior). En el segundo supuesto, la voluntad estatal queda relegada a la mera presentación de argumentos que la CIDH puede aceptar, rechazar o ignorar. De nuevo, la asistematicidad, se encuentra presente ya que no hay un criterio definido. Es una dinámica que se define caso a caso.

3.1. Adopción de nuevas de convenciones interamericanas

Para reconocer nuevos derechos, la OEA ha adoptado varios tratados relativos a los derechos humanos con posterioridad a la Convención. Esto podría entenderse como un franco desconocimiento del mecanismo de enmiendas o de protocolos adicionales (Artículos 76 y 77 CADH). De otro lado, podría considerarse que esto implica ofrecerle un estatus más fuerte a nuevos derechos, en clara conexión con ciertos fenómenos sociales (por ejemplo, discriminación racial, adultos mayores, personas con discapacidad, tortura, etc). Otra alternativa, es que se trate de un intento de expandir la protección de derechos dada la falta de ratificación universal de la Convención³. Frente a esto, proponemos dos preguntas para reflexionar sobre esta cuestión.

La primera pregunta que surge es sobre la relación de estos tratados con el contenido de la Convención. Las convenciones interamericanas posteriores a la CADH, ¿son pautas de interpretación del tratado interamericano? ¿Tienen un contenido autónomo y específico? Estas preguntas ciertamente convocan a muchas otras vinculadas con la interpretación de los tratados. La Convención debe ser interpretada de conformidad con las reglas generales que la *Convención de Viena* señala para los tratados internacionales, y con las reglas especiales que surgen de su naturaleza misma de ser un tratado sobre derechos humanos (Aguirre, 2007). La interpretación de los tratados internacionales se encuentra regulada tanto a través de normas consuetudinarias como de normas convencionales, particularmente a través de la *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969*. Los Artículos 31 y 32 de dicho instrumento establecen los medios de interpretación aplicables a los tratados internacionales. Adicionalmente, la Conferencia Preparatoria de la Convención Americana adoptó el Artículo 29 que establece criterios de interpretación específicos para la Convención. En ese sentido, al interpretar un tratado de derechos humanos, debe tenerse presente esta diferencia y no aplicar sin más el Artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

La CIDH ha aplicado el Artículo 29 de la CADH para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. Mediante su práctica interpretativa, la CIDH ha observado las directrices establecidas en el Artículo 29 de la CADH y en la Convención de Viena. Además, ha tomado en consideración la naturaleza y los valores comunes superiores en que se inspira la Convención. De este modo, por vía del Artículo 29, la CIDH ha ampliado derechos y, a través de distintas fuentes del derecho internacional de derechos humanos, los ha dotado de contenido.

³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos. OAS <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>>.

Lo que el sistema no ha definido aún es la relación orgánica entre la Convención y los tratados interamericanos. Este vacío jurisprudencial deja pendiente la determinación de cómo dialogan, como partes de un mismo engranaje, este conjunto de convenciones dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es decir, como interactúan para la real evolución de los derechos humanos y no supeditados a lo que un caso concreto demanda. Por ejemplo, si hay discrepancias entre el contenido de uno y otro tratado, ¿cuál debería prevalecer?, ¿se aplicará el principio de norma posterior deroga norma anterior, el principio de especialidad o el principio *pro persona*?

De todas maneras, para muestra de la asistematicidad de la expansión de derechos, en la vasta mayoría de casos en que la CIDH ha utilizado tratados interamericanos diferentes a la Convención, tampoco ha explicado cuáles son las obligaciones diferenciadas o cuáles son los nuevos derechos reconocidos o el alcance expandido de los derechos reconocidos en estos tratados⁴. Es decir, ¿qué adicionan los tratados subsecuentes a la Convención? Hasta el momento, la jurisprudencia no ha dado respuesta específica a estos interrogantes, aunque si ha dado ciertas pautas como veremos en los próximos capítulos.

La segunda pregunta es ¿cuáles son las posibilidades de accionar los mecanismos de protección jurisdiccional previstos por la CADH para invocar violaciones a los derechos reconocidos en estas convenciones adicionales? Al respecto, será preciso observar cada una de las convenciones para analizar si igualmente habilitan la jurisdicción contenciosa de la Comisión y a la CIDH para analizar peticiones que aleguen violaciones de tales convenciones.

En el caso de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, se incluye una detallada definición de la tortura, así como de los deberes que le corresponde a los Estados y los derechos para las víctimas de la tortura; no obstante, su alcance ha sido definido a través del Artículo 29 de la CADH (Mac-Gregor, 2014). Respecto de los mecanismos de protección, si se establece su relación con la CADH no se explicita si se pueden presentar denuncias a la Comisión y eventualmente a la CIDH por violaciones a la Convención sobre Tortura. Ahora bien, la CIDH ha explicado que la Convención Interamericana refuerza las obligaciones que emergen de los Artículos 5.1 y 5.2 de la Convención (CIDH, 2012e, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, párrafo 243). Asimismo, agrega el Tribunal que la Convención Interamericana “complementa, en lo pertinente, la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos convencionales, establecido en el Artículo 2 de la Convención Americana” (CIDH, 2013b, *García Lucero y otros Vs. Chile*, párrafo 87). De todas maneras, ni las conclusiones ni las reparaciones que el Tribunal ordena difieren de casos de tortura en los cuales el Estado no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Tortura. Es decir, no es evidente cómo “refuerza” o “complementa” a la Convención Americana.

En el caso de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”* el Artículo 14 regula la relación con la CADH. Estipula que nada de lo dispuesto en ella puede ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones.

⁴ Un caso reciente que ejemplifica esta cuestión es Pueblo Kalíña. En este caso, al introducirse la CIDH en cuestiones de comunidades indígenas y medio ambiente, y de revisarse las notas al pie del párrafo 283 se detectan una serie de tratados internacionales, declaraciones, directrices que no van acompañados de un razonamiento que dé cuenta de algún tipo de implementación por parte del tribunal interamericano. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) *Pueblos Kalíña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

A su vez, el artículo 12 permite que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental [...], puede presentar a la CIDH [...] peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la CIDH las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana [...] y en el Estatuto y el Reglamento de la CIDH [...]. En otras palabras, para llegar a la CIDH e invocar la Convención de Belem do Para, se necesita haber ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción contenciosa del Tribunal. En adición a este criterio, la CIDH ha estipulado que al aplicar la Convención en situaciones de violencia contra la mujer debe considerarse “como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención de Belem do Para” (CIDH, 2009b, *Ríos y otros Vs. Venezuela*, párrafo 277).

Asimismo, en relación a las posibilidades de accionar los mecanismos de protección, la CIDH entendió que “tras la entrada en [vigencia...] de la Convención Belém do Pará [...], el Estado está obligado a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. [...]Las disposiciones del Artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención” (CIDH, 2013a, *J. Vs. Perú*, párrafo 342).

A su turno, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*⁵ define que “la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable”. La CIDH ha interpretado que esta Convención Interamericana particulariza (CIDH, 2010b, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, párrafo 67) o refleja (CIDH, 2008b, *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, párrafo 52) las características pluriofensivas de la desaparición forzada, su carácter permanente o continuado, así como los deberes de investigación. Todas estas características ya estaban aceptadas explícita o implícitamente por la CIDH sin utilizar este nuevo tratado. Tampoco ha especificado jurisprudencialmente las diferencias entre las obligaciones genéricas emergentes de la CADH y las específicas de la de Desaparición Forzada (Brody & González, 1997, pp. 365-405).

En cuanto a las formas de accionar los mecanismos de protección de la CADH, el Artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la CIDH, en que se alegue la desaparición forzada de personas, estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana y en los Estatutos y Reglamentos de la CIDH y de la CIDH, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

En el caso de la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, la CIDH la ha utilizado para indicar el ámbito de protección de las personas con discapacidad en el caso *Furlan Vs. Argentina*. En tal sentido, ha reconocido que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Asimismo, dicha Convención consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (CIDH, 2012b, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párrafo 130). En particular, en el caso *Furlan Vs. Argentina*,

⁵ Ver Scovazzi, T. y Citroni G. (2007). *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention*. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers.

el Tribunal utilizó la Convención sobre Discapacidad para definir el concepto de modelo social y término discapacidad en el contexto de este paradigma (CIDH, 2012b, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párrafo 130). Ahora bien, es importante resaltar que, a diferencia de todas las demás convenciones sobre derechos humanos adoptadas con posterioridad a la Convención, este tratado no establece ningún mecanismo de protección vinculado con las competencias de la CIDH o la CADH.

En lo tocante a la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* y la *Convención Interamericana contra El Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, ambas convenciones fueron adoptadas conjuntamente por la OEA en 2013 pero hasta la fecha, ninguna de ellas ha sido ratificada por algún Estado.

En adición a la posibilidad de presentar denuncias individuales a la CIDH, un aspecto importante de estas Convenciones es que amplían la jurisdicción de la CIDH al permitir en su Artículo 15.3 que se acepte la competencia del Tribunal sólo para aplicar estas convenciones, pero no requiriéndose que sea parte de la Convención Americana. Ello presenta un modelo completamente diferente a todas las convenciones previas.

En cuanto a la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, esta Convención de manera novedosa acepta la posibilidad de presentar denuncias individuales, es decir la competencia contenciosa de la CIDH Interamericana sin ratificar la CADH, y toma el modelo de las Convenciones sobre Racismo y la de Discriminación al ampliar la jurisdicción de la CIDH.

3.2. La ampliación de derechos a través de la jurisprudencia

En conjunto con las formas convencionales previstas en los Artículos 31, 76 y 77 de la Convención o la adopción de tratados adicionales por parte de la OEA, múltiples derechos han sido agregados a la Convención a través de la jurisprudencia de la CIDH. “[L]a Corte interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona, como en asuntos referidos a la competencia y función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes” (Malarino, 2010).

El activismo judicial de la CIDH le ha permitido crear nuevos derechos que no están expresamente contenidos o protegidos por la Convención como el derecho a la verdad (CIDH, 2004a, *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*, párrafo 128) o el derecho de conocer la verdad (CIDH, 2004b, *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, párrafo 97), el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales (CIDH, 2012c, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párrafos 301-302), el derecho a la identidad (CIDH, 2011, *Contreras y otros Vs. El Salvador*, párrafo 112), entre otros (CIDH, 2010, *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párrafos 164 y siguientes). Ninguno de estos derechos se encuentra, ni explícita ni expresamente, reconocido en la CADH.

Esta creación de derechos acarrea deberes para los Estados que incluyen una “expectativa que el Estado debe satisfacer” (CIDH, *Sánchez Vs. Guatemala*, párrafo 97), un deber de “garantía de no repetición” (CIDH, *Sánchez Vs. Guatemala*, párrafo 97), la obligación de “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable”, el derecho creado (CIDH, *Sánchez Vs. Guatemala*, párrafo 97).

Esta situación ha generado críticas a la legitimidad de la jurisprudencia de la CIDH (Basch, 2013). Se sostiene que la creación jurisprudencial de derechos no refleja ni la práctica estatal ni el consenso regional, a la par que avanza sobre la voluntad estatal

creando obligaciones jurídicas muchas veces a partir de normas de derecho blando (*soft law*) o importadas de otras regiones (Neuman, 2008). Varios autores han llamado la atención sobre los riesgos asociados con la expansión de las obligaciones convencionales; es decir, cuando el compromiso va más allá de lo que el Estado se encontraba dispuesto a aceptar en el momento que ratificó el tratado (Helfer, 2002). Compartimos la crítica que se le formula al Tribunal sobre la debilidad argumentativa utilizada al “crear” nuevos derechos. Pero dejamos para otra ocasión el desarrollo de nuestra posición sobre la legitimidad o inteligencia de estas creaciones pretorianas. También, obviamos analizar si lo que realiza la CIDH es diferente a la actividad propia de cualquier órgano jurisdiccional.

En lo sucesivo, detectamos las maneras que ha utilizado el tribunal interamericano en el afán del crear derechos de manera informal: (1) la incorporación de otros derechos a través del *corpus iuris*, (2) la definición de normas dentro del *ius cogens* (3) la creación de derechos a través de la interpretación evolutiva de la Convención Americana y (4) el diálogo transnacional.

3.2.1. La incorporación de otros derechos a través del *corpus iuris*

Una de las maneras en que la CIDH (seguida luego por la Comisión) ha ampliado el catálogo de derechos y obligaciones de la Convención ha sido a través de la incorporación en su texto de otros tratados mediante el concepto de “*corpus iuris*” (la Comisión, 1999). La CIDH y la Comisión han aplicado esta noción de *corpus iuris* de forma reiterada y consistente en sus decisiones para fijar los alcances de las obligaciones de los Estados en relación a ciertos derechos (en particular, pero no exclusivamente, los derechos de la niñez). En general, el Tribunal ha entendido que el *corpus iuris* debe servir para fijar (CIDH, 2012, *Fornero E hija Vs. Argentina*, párrafo 137) o precisar (CIDH, 2005a, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párrafo 153) el contenido y los alcances de la disposición general de la Convención. La CIDH, a pesar de tener competencia sólo para aplicar la Convención, llama a que dicho *corpus iuris* internacional sea respetado por los Estados (CIDH, 2005a, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*).

La amplitud con que el Sistema Interamericano ha utilizado este concepto de *corpus iuris* le ha permitido a la CIDH encontrar violaciones de derechos que ni siquiera están expresamente reconocidos en la Convención (CIDH, 2011, *Contreras y otros Vs. El Salvador*, párrafo 112). Así, la CIDH, a través del *corpus iuris*, incorpora un derecho reconocido en otro instrumento, pero no en la Convención, y determina su afectación. Esta amplitud interpretativa de la CIDH genera muchas dudas pues, a través del *corpus iuris*, se incorporan obligaciones y derechos que emergen de otros regímenes. Se establecen violaciones sobre tratados sobre los cuales la CIDH no tiene competencia o jurisdicción. Al recurrir como pauta de interpretación a instrumentos distintos a tratados debidamente ratificados por el Estado, se incorporan obligaciones jurídicas de instrumentos que no son jurídicamente vinculantes para los Estados.

Entonces, de la utilización del *corpus iuris* y otras técnicas expansivas podría inferirse que la CIDH no crea nuevos derechos, sino que simplemente agrega nuevas dimensiones a derechos preexistentes. No obstante, es razonable la afirmación sobre las notables excepciones a estos casos, supuestos donde incluso se han adicionado dimensiones colectivas a los derechos (Lixinski, 2010, p. 603).

El problema del *corpus iuris* no es la utilización de otros tratados con fines interpretativos ya que puede ser necesario utilizarlos para dilucidar el contenido de la Convención. El problema surge cuando los tratados son utilizados sin un análisis detallado;

existe un conflicto cuando se los emplea como si fuesen directamente aplicables por la CIDH o como si el lenguaje utilizado fuese idéntico al de la Convención o como si la existencia de órganos especializados para aplicarlos fuese irrelevante (Paul; 2014). Otro problema reside en el hecho que la CIDH a veces utiliza tratados, como parte del *corpus iuris*, ratificados por el Estado pertinente pero luego cita su decisión en relación a Estados que no ratificaron el tratado respectivo⁶. A nuestro criterio, la supuesta apertura universalista, integracionista de la CADH no es suficiente para integrar tratados adoptados en otros sistemas como si fuesen parte integral de la Convención.

3.2.2. La definición de derechos como normas *ius cogens*

En el marco de su jurisdicción contenciosa, la CIDH ha elevado ciertos derechos convencionales a la categoría de normas *ius cogens*⁷. Cuando ha procedido de este modo, si bien no crea nuevos derechos, si les da un estatus especial del cual se derivan consecuencias jurídicas importantes para los Estados (Quispe Remon, 2010)⁸. Del mismo modo, ha establecido que el “acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones” (CIDH, 2006, *La Cantuta Vs. Perú*, párrafo 160).

Por supuesto que, si la CIDH determinara la existencia de normas imperativas de derecho internacional como las reflejadas en la Convención, no habría ninguna dificultad. El problema con esta práctica expansiva de la CIDH es que muchas de sus determinaciones sobre normas *ius cogens* se realizan sin ningún tipo de prueba o lógica argumental. Por el contrario, generalmente son afirmaciones dogmáticas del Tribunal interamericano. La invocación del carácter *ius cogens* de ciertos derechos, al igual que otras técnicas utilizadas por la CIDH, implica que el consentimiento estatal es irrelevante en tanto y en cuanto no puede oponerse a su aplicación (Fuentes, 2008). Aquí, la asistematicidad de la CIDH se da no sólo al interior del Sistema Interamericano sino incluso en relación al derecho internacional en general. Ello pues el Tribunal se arroga la facultad de crear normas imperativas internacionales que repercutirán en toda la comunidad internacional. Hasta ahora, la CIDH no ha explicado de donde emerge su facultad para desarrollar tal jurisprudencia.

3.2.3. La creación de derechos a través de la práctica interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH ha ampliado el catálogo de derechos, o al menos el alcance de los derechos reconocidos, a través de lo que ha llamado la interpretación evolutiva (Killander, 2010, p. 149). Es decir, las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Los tratados de derechos humanos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (CIDH, 1999a, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, párrafo 193).

⁶ Como sucedió con el Convenio 169 de la OIT ratificado por Paraguay, pero no por Surinam (CIDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*, párrafo 127; CIDH, 2007, *Pueblo Saramak Vs. Surinam*, párrafos 92 y 93).

⁷ Para una descripción de los diferentes supuestos en que la CIDH ha elevado normas a la categoría de *ius cogens* ver Abello, R., (2012) La Jerarquía normativa en la CIDH Interamericana de Derechos Humanos: Evolución jurisprudencial del *ius cogens* 1993 – 2012, *Revista del Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 12 (12), 357 – 375.

⁸ Ver *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (CIDH 2006); CIDH (2003). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (CIDH, 2011). *Fleury y otros Vs. Haití* (2010). *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala* (CIDH, 2010a).

Reflejando su experiencia, el propio Tribunal ha indicado que en función de la interpretación evolutiva de la Convención era posible determinar que el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas o tribales estaba incluido dentro del derecho a la propiedad privada del Artículo 21. Asimismo, resalta la interpretación de la CIDH según la cual el Artículo 22 de la Convención comprende “el derecho a no ser desplazado forzosamente”. Otro ejemplo en este sentido lo constituye el haber interpretado que el derecho de los niños a no ser reclutados en fuerzas o grupos armados está comprendido dentro del Artículo 19 de la Convención (CIDH, 2008a, *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*).

Sin embargo, mientras que la interpretación evolutiva puede servir para adecuar la interpretación de la Convención, la propia CIDH reconoce que hay casos donde ha sido utilizada para crear nuevos derechos. Ello genera muchas dudas. Como acertadamente ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es posible por medio de una interpretación evolutiva, derivar de estos instrumentos, un derecho que no estaba incluido originalmente en la Convención (Corte Europea de Derechos Humanos, 1986, *Johnston and other Vs. Ireland*, párrafo 53).

Dado que la CIDH no ha encontrado los mismos límites, algunos autores han entendido que esta interpretación evolutiva, en la manera en que es efectuada por la CIDH, es una violación de los Artículos 76 y 77 de la Convención (Malarino, 2010). En otras palabras, es otra manifestación de la actitud expansiva del Tribunal por fuera de los límites formales de su competencia.

3.2.4. El dialogo transnacional

Una última forma en que la CIDH ha ampliado el catálogo de derechos, a través de la interpretación de la Convención, es través del préstamo de fuentes de otros sistemas de protección de derechos humanos (tanto universales como regionales) hasta llegar a fuentes de derecho interno. En esa línea, se puede identificar la utilización de las Observaciones Finales a los Estados por parte del Comité de Derechos Humanos, documentos de procedimientos especiales de la ONU (Dulitzky & Rivero, 2015) jurisprudencia de otros sistemas regionales de derechos humanos (Groppi & Lecis, 2014), e incluso las fuentes propias de los estados partes (Dulitzky & Rivero, 2015, p. 71) (una lista que va desde jurisprudencia, constituciones, leyes nacionales hasta reglamentos procesales).

Un rasgo saliente de estos casos es que, por algún motivo, en ciertas ocasiones, la CIDH para decidir toma en cuenta las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al país sobre el que estaba decidiendo. Es decir, si el caso contencioso a resolver era Honduras, el Tribunal observa qué había dicho el Comité respecto de la situación del país. La CIDH reafirmaba sus interpretaciones jurídicas con las interpretaciones de violación que para ese momento resultaba contemporáneo al caso. Por ejemplo, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* (2005a), la CIDH toma las observaciones finales para Colombia del año 2000. Esto no ocurre de forma constante en los casos, pero sí es un mecanismo en el que el dialogo jurisprudencial se anima a ser más coherente. Otra ruta que toma la CIDH es la de considerar además de los Pactos Internacionales, la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Carta Africana, los convenios de ginebra y otros más tradicionales.

En sentido complementario, la creación de la teoría del control de convencionalidad en 2006, parece marcar un punto de partida en el diálogo jurisprudencial con las cortes locales. Desde entonces, la CIDH incursiona en un tímido uso directo del marco normativo interno; por tanto, emplea tanto leyes ordinarias como constituciones nacionales. En este devenir histórico se produce esta cuarta línea de creación informal de derechos, a través de

la integración con el derecho nacional. Un ejemplo fue el caso *Awas Tingni*. En ocasión de definir el derecho a la propiedad comunal en el marco del caso mencionado, el Tribunal tomó en cuenta la definición normativa a nivel interno tomando como base el texto constitucional nicaragüense. Esta última etapa podría llamarse de “integración con el derecho nacional”. Ciertamente, no es una característica estructural de la jurisprudencia de la CIDH (Dulitzky & Rivero, 2015, p. 51), pero a la hora de validar la creación de nuevos derechos esto sí ha ocurrido. Esta apreciación en los casos citados previamente es notable porque se presentan como herramientas argumentativas. La CIDH ha buscado legitimar su autoridad en otras fuentes a nivel local, ya sea leyes nacionales, reglamentos procesales y las propias constituciones. Especialmente, le ha dado importancia a esa legitimización en circunstancias en las que su interpretación podría suscitar rechazo y que lo que primaba era generar puntos de contacto en el derecho constitucional latinoamericano.

Una pregunta sobre este sucinto recorrido histórico de la jurisprudencia de la CIDH es por qué tuvieron más valor estos cuerpos cuasijurisdiccionales o procedimientos especiales antes que la CIDH. Más aun, visto de esta manera, pareciera que ahora el diálogo con las Cortes locales es un capítulo más de una novela asistemática y difícil de comprender.

4. Conclusión

La revisión crítica del marco normativo interamericano formal y los desarrollos jurisprudenciales informales abren muchos interrogantes sobre qué es deseable al momento de reconocer nuevos derechos. Por un lado, es importante contar con una CIDH que avanza frente a las demandas de la sociedad civil, haciendo caso a las violaciones de derechos humanos a nivel regional y reconociendo derechos. Por otro lado, es cuestionable la forma en la que lo hace, considerando que se trata de una corte que no tiene mecanismos de participación ciudadana y que el diálogo jurisprudencial transnacional, con las altas cortes constitucionales o máximos tribunales locales, es escaso y aún embrionario. Como resultado de este devenir, lo que permanece constante son los cuestionamientos hacia la legitimidad de los procedimientos informales.

Frente a esta serie de cuestionamientos, creemos que resulta deseable aspirar a una Corte Interamericana que funcione como parte efectiva de lo que es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En otras palabras, como parte de un gran engranaje con interlocutores y actores que contribuyen a dicha transformación en la creación de derechos: los Estados miembro (Brody & González, 1997, pp. 365-405) las cortes locales, la OEA, la sociedad civil y las víctimas de violaciones de derechos humanos. Visto en su conjunto, un debate serio sobre reformar la Convención Americana desde una perspectiva expansiva podría invitar a que muchos Estados vean la propuesta como una oportunidad para partir del sistema. Quizás una salida a estos debates tan estructurales del sistema interamericano, en el contexto actual, venga acompañado de la institucionalización de algunos de los mecanismos informales, como lo es la integración con el derecho nacional, la institucionalización del diálogo transnacional, y el desarrollo de estrategias de reciprocidad entre el tribunal interamericano y las máximas cortes locales. Ahora bien, la forma de alcanzar este objetivo importará a la CIDH incorporar mecanismos de participación ciudadana, que garanticen procedimientos más dialógicos para crear derechos.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, J. (2007). La interpretación de la convención americana sobre derechos humanos. *Revista de derechos humanos*, 8, 73-97.
- Arrighi, J. (1998). El Procedimiento para la Adopción de Enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Volumen I. En H. Fix-Zamudio (ed.). *Liber Amicorum* (pp. 329-340). San José: Corte IDH.
- Basch, F. (2013). The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers. *American University International Law Review*, 23 (1), 195-229.
- Brody, R. y Gonzalez M., (1997). Nunca Más: An Analysis of International Instruments on "Disappearances" *Human Rights Quarterly*, 19 (2), 365-405.
- Dulitzky, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 75, 45-93.
- Dulitzky, A. y Rivero M.D. (2015). Trabajo de orfebrería: Las relaciones entre la CIDH Interamericana de Derechos Humanos y los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 3, 2-46.
- Fuentes, X. (2008). International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 77 (2), 483-505.
- Groppi, T. y Lecis A. (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europea y la CIDH Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Político*, 91, 187-229.
- Helger, L. (2002). Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes. *Columbia Law Review*, 102, 1832-1911.
- Killander, M. (2010). Interpretación de los Tratados Regionales de Derechos Humanos. *SUR revista internacional de derechos humanos*, 7 (13), 149-176.
- Lixinski, L. (2010). Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law Review*, 21, 585-604.
- Mac-Gregor, E. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la CIDH Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*, 59, 29-118.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (pp. 25-62). Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Melish, T. (2008). The Inter-American Commission on Human Rights: Defending Social Rights through Case-based Petitions. *SSRN*. En M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in Comparative and International Law* (pp. 207-274). Cambridge: Cambridge University Press.
- Neuman, G. (2008). Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 19 (1), 101-123.
- Paul, A. (2014). Decision-Making Process of the Inter-American Court: An Analysis Prompted by the in Vitro Fertilization Case. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 21 (1), 87-130.

- Quispe, F. (2010). Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho*, 34, 42-78.
- Ronconi, L. (2016). Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Llu y Otros contra Ecuador de la CIDH Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 12, 119-131.
- Scovazzi, T. y Citroni G. (2007). *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention*. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers.

Sentencias

- Corte Europea de Derechos Humanos (1986). *Johnston and others Vs. Ireland*. Sentencia de 18 de diciembre de 1986. Serie A No. 112.
- CIDH (1999a) *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- (2001). *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- (2003). *“Cinco Pensionistas” Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- (2004a) *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.
- (2004b) *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
- (2004c). *“Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- (2005a) *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- (2005b). *Huilca Tëse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.
- (2006) *La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de 29 de noviembre de 2006. Serie C No 162.
- (2008a) *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- (2008b) *Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- (2009a). *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.
- (2009b). *Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- (2010a) *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- (2010b) *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- (2011) *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- (2012a) *Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

- (2012b) *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- (2012c) *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- (2012d) *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257.
- (2012e) *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- (2013a) *J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- (2013b) *García Lucero y otras Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.
- (2015) *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Opiniones consultivas

- CIDH (1999). *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultativa OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- (2003). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

¿QUÉ CITAN LOS CITADOS?: NICHOS DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
What do the quoters quote?: Niches of knowledge in the Inter-American System
for the protection of human rights

EFRÉN GUERRERO SALGADO
CAMILA CEDEÑO

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Resumen

El presente documento busca, a través de un estudio cualitativo-cuantitativo en torno al análisis de redes, examinar los nichos epistémicos existentes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, centrándose en el último periodo de sesiones, que de acuerdo a las teorías incrementales contaría con la jurisprudencia más avanzada. Se busca comprobar mediante la metodología de análisis de redes sociales, si la elección de las sentencias para dar soporte al *ratio decidendi* de la Corte Interamericana obedece a una elección racional o si es una decisión temática. El texto concluye explicando que, aunque hay elementos que demuestran una elección racional, no existe en la norma algo parecido a un hilo conductor de la jurisprudencia, fuera de la expansión tradicional de derechos; y que las conexiones posibles entre casos obedecen a elementos de racionalidad limitada.

Palabras clave

Jurisprudencia / Análisis de Redes / Sistema Interamericano de Derechos Humanos / Teoría de la Elección Racional.

Summary

The present document seeks to examine, through a qualitative-quantitative study based on the analysis of social networks, the epistemic niches in the Inter-American Court of Human Rights, focusing on the last session period, which, according to incremental theories, has the most advanced jurisprudence. It seeks to verify, with the use of social network analysis, if the choice of sentences to support the decisions of the Inter-American Court obeys a rational choice or if it is a thematic decision. The text concludes by explaining that, although there are elements that show a rational decision, there does not appear to be a main theme to jurisprudence, beyond the traditional expansion of rights; and that the possible connections between the cases obey elements of limited rationality.

Keywords

Jurisprudence / Network Analysis / Inter-American Human Rights System / Theory of Rational Election.

1. Introducción

La tradición legal latinoamericana ha tenido a la jurisprudencia como fuente material del Derecho excepcional. De hecho, la visión sobre el valor de las decisiones de los jueces ha estado basada en la reputación personal del decisor o en la importancia del caso, más allá de la existencia de reglas de derecho obligatorias y básicas de la gestión de esa fuente como parte del sistema normativo. En el caso de la norma de fuente internacional y en especial aquellas



relacionadas a derechos humanos, hay una creciente corriente doctrinaria, en los sistemas de raigambre occidental europeo, entre ellos el ecuatoriano, que busca construir a partir de los principios de *corpus iure* y *efecto útil* una obligatoriedad de la jurisprudencia dentro del sistema jurídico interno.

En el caso de la República del Ecuador existe una creciente tendencia a la aplicación de elementos jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su ordenamiento jurídico. Se puede comprobar que los operadores judiciales, la academia y los abogados y abogadas utilizan los precedentes jurisprudenciales como elemento avalador de su trabajo, con el fin de dar sostenibilidad a un razonamiento jurídico desde la legitimidad internacional. En ese escenario, existe una marginalidad en la doctrina para explicar *cuáles* son las bases para la elección de casos dentro de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección y *por qué* se eligen para la toma de decisiones, unas sentencias respecto a otras. De hecho, hay una práctica de aceptación de los argumentos del SIDH como válidos *per se*, lo que muestra “que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal” (Nino, 2003, p. 12). Esa singularidad debe llevar a practicantes del Derecho a la necesidad de volver a las bases de la teoría jurídica, con el fin de explicar este fenómeno, y entender cuál es la justificación del sistema de toma de decisiones del juez internacional, tomando como caso de estudio el último periodo de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para poder dar luces a este fenómeno el presente documento busca aportar, a través del análisis de redes de los nichos epistémicos existentes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, centrándose en el último periodo de sesiones. Se busca comprobar si la elección de las sentencias para dar soporte a la ratio *decidendi* de la Corte Interamericana obedece a una elección racional o si es una decisión temática. Para esto, el texto se dividirá en cinco secciones. La primera y la segunda harán un análisis en abstracto del valor de la jurisprudencia en el sistema latinoamericano y ecuatoriano para mostrar el estado de la situación del fenómeno, especialmente relacionado al debate respecto al valor legal y el efecto vinculante de la jurisprudencia internacional en especial la del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Las restantes secciones tienen como objetivo explicar el concepto de *nicho de conocimiento*, el cual busca ser una unidad analítica para explicar qué es aquello que pretenden encontrar los jueces en la jurisprudencia.

2. La jurisprudencia como fuente de Derecho: acercamiento al fenómeno

En los primeros años de jurisprudencia el estudiante siempre se enfrenta a un modo de concebir, analizar y definir el Derecho, en base a la manera que se percibe la norma dentro de una Escuela de Derecho correspondiente, hecho que no sólo responde a una razón técnica, sino política (Kennedy, 2012, p. 27). Pero a pesar de eso, existen ciertas reglas comunes en la enseñanza del Derecho, especialmente a nivel latinoamericano. En las mallas de las facultades de Derecho de los países de tradición occidental existen materias de Introducción al Derecho, de Teoría de la norma o equivalente, cuyo objetivo es enseñar a los estudiantes los rudimentos del sistema normativo. En ellas se manifiesta una tradición kelseniana en forma, pero con un fondo adaptado a los valores de cada contexto jurídico (López Medina, 2004) con cierta uniformidad en torno a las fuentes del Derecho, lo cual coloca a la jurisprudencia como un medio auxiliar, con ciertas excepciones de obligatoriedad, que en posiciones más modernas, al menos en el caso ecuatoriano, genera no pocas dificultades¹.

¹ Los proveedores de información legal son categóricos al respecto, en referencia a la existencia de jurisprudencia obligatoria en ciertos casos constitucionales y el triple fallo reiterado de la Corte Nacional de Justicia (Hernández Walker, 2017): Esta

En ese orden de cosas, los textos básicos de la formación académica plantean que “de acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia” (García Maynez, 1974, p. 50). La palabra “jurisprudencia” posee, siguiendo la teoría de García Maynez, arriba citado, dos acepciones distintas: a) conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales, o b) en general, la ciencia del Derecho Positivo (Clemente de Diego, 2016, p. 45). Eso sí, el valor de la misma siempre ha sido un tema de discusión, como consecuencia de un hecho humano que es un tema crítico para la gestión de lo jurídico: el margen de error existente en el operador al momento de la interpretación de la ley en relación a los distintos comportamientos humanos. Al respecto es clásica la frase de Robespierre: “El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley” (cit. en De Otto, 1987, p. 293). Esa visión de un positivismo avanzado es aún una de las ideas básicas de la gestión de la ley. No es raro en las facultades de Derecho encontrar la idea del juez como la boca de la ley, limitando la aplicación del texto legal a las elementales principios de lógica y racionalidad.

En contraposición a esa postura tradicional, otra dirección teórica acepta a la jurisprudencia de una manera más interesante y técnicamente provechosa. Esta reconoce que la jurisprudencia no tiene sino un valor marginal en nuestro ordenamiento jurídico, y que existe una regla general de clara aplicación interna², pero que la jurisprudencia tiene un valor amplificador y equalizador de los contenidos de la ley. Así, potencia los contenidos legales expandiéndolos a través de mandatos de optimización (Alexy, 1988) que reconstruyen y organizan los contenidos legales que ya utilizan. Del mismo modo, sirve como un medio para equalizar y volver a la norma organizada y adaptada a la realidad circundante:

Consideremos, por ejemplo, el problema fundamental del concepto de Derecho. Algunos autores dirán que es cosa distinta de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, una deducción de los principios de la época, de axiomas aceptados u otras fórmulas que pueden coincidir o no con las sentencias. Pero si nos situamos desde el punto de vista de nuestro delincuente, encontraremos que le importan poco los axiomas y las deducciones y quiere saber cómo se comportarán de hecho los tribunales de Massachusetts y de Inglaterra. Yo soy bastante de esa opinión. Las profecías de lo que efectivamente harán los tribunales, y no nada más pretencioso, son lo que yo entiendo por Derecho (Holmes, 1897).

Entonces, los jueces son capaces de utilizar el sistema normativo como un mecanismo de expansión y de mejoramiento del Derecho. Como producto humano la norma debe adaptarse, de forma que se acepte al sistema como un medio no sólo de regulación de la conducta humana, sino que, en una perspectiva más humanista, se logre valorar y celebrar jurídicamente la diversidad de la sociedad (Ferrajoli, 2004); y, además, logre mostrar zonas de la dignidad humana, valores comunes que deben ser preservados a todo nivel y sostenidos por entrar a la esfera de los “indecible” (Ferrajoli, 2008). La manera en que se resuelve ese hecho en nuestra legislación se presenta a continuación.

sentencia pone en evidencia la profunda transformación por la que está atravesando nuestra institucionalidad; y verificamos la existencia de un suprapoder que actúa sobre la Función Judicial y la Función Legislativa. La Constitución del 2008 otorga a la Corte Constitucional la potestad de anular los fallos expedidos por la Función Judicial y además la interpretación y reforma de la ley. El problema que enfrenta el operador de justicia es ¿a quién obedezco?

² Art. 3 del Código Civil Ecuatoriano: “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.

3. El caso ecuatoriano: la jurisprudencia nacional e internacional como fuentes de derecho

El caso ecuatoriano, como positivista tradicional, negaba por regla general un razonamiento de un juez que obligase a aplicar una norma más allá de los involucrados en el proceso, cosa que como veremos más adelante, tiene cambios con el actual diseño de la Corte Constitucional. Esto confirma un viejo aforismo del mundo jurídico: “el Universo del Juez es el expediente”, lo que implica que las posibilidades infinitas de ese espacio de decisión sólo se ven justificadas para las partes en su decisión particular. Pero, como en todo espacio humano hay lugares para la excepción. Al respecto, la doctrina afirma que:

Los jueces dictan ciertas normas particulares que se llaman “sentencias judiciales”. Para hacerlo tienen en cuenta determinadas normas que pueden preexistir, como una ley o una costumbre, pero también muchas veces toman en consideración, en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etcétera. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias (como ocurre en los Estados Unidos y Gran Bretaña) que las leyes (Nino, 2003, p. 151).

En tal razón, no puede plantearse a priori cuál fuente se admite en un sistema jurídico particular. Eso depende, principalmente de los criterios de cómo se construye dicho sistema en torno a todo el ordenamiento legal en general, y también de cómo se estructuran las normas como consecuencias de esos preceptos básicos (Nino, 2003, p. 152). Si se presenta un escenario con una jurisprudencia con efectos *erga omnes*, ésta debería a) ser excepcional, b) tener, dado el contenido autorreferente³ del derecho, una autorización en el mismo derecho; y c) publicarse en el Registro Oficial para que así cumpla con la regla de derecho establecida en Art. 6 del Código Civil.

Al respecto, el caso de la República del Ecuador propone las siguientes reglas de conducta en el caso del valor de la jurisprudencia:

a) Regla General: negación de la jurisprudencia como regla general de jurisprudencia. Sólo tiene valor para las partes involucradas (Art. 3 Código Civil).

b) Excepción⁴ 1. Triple Fallo Reiterado de la Corte Nacional de Justicia: El Art. 184 de la Constitución ecuatoriana establece que es competencia de la Corte Nacional de Justicia, “desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”, y plantea en el artículo siguiente (185) las siguientes condiciones

- i. Deben ser sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia
- ii. Estas sentencias deben reiterar por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto,
- iii. Estos fallos deben remitirse el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad.

³ Un sistema jurídico es autorreferente o autopoietico a partir de su construcción como sistema: el procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento), norma jurídica (estructura) y dogmática jurídica (identidad) (Teubner, 1989).

⁴ Se proponen como excepciones, ya que son elementos nacidos de la profusión del uso de la norma internacional, que han alcanzado su positivización y generan espacios de actuación fuera de la norma de clausura del Código Civil.

Como efecto, el mismo artículo propone que “deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente”. Finalmente, se indica que para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio “la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala”.

c) Excepción 2. Jurisprudencia Constitucional: El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana nace de su vocación de interpretación, autorizado por la Carta Magna, supuesto en el Art. 429 del texto de Montecristi. Esta idea indica que el citado organismo debería —al menos en teoría— ser capaz de actualizar, indicar vías de acción y mejorar la capacidad de los operadores de justicia, para evitar el fenómeno de petrificación constitucional (Casal Hernández, 2004). De acuerdo con los datos disponible, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República del Ecuador (en adelante CCE) ha emitido las siguientes reglas de utilidad:

i) Definición:

[...] cuando se presenta en la judicatura una demanda o acción por parte de cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada en uno o más de sus derechos constitucionales, y si ese caso tiene como precedente una sentencia en la cual ya se tuteló el derecho reclamado, ha instalado condiciones de predictibilidad, por lo que, el ulterior caso necesariamente debe guardar armonía con el precedente jurisprudencial” (Sentencia CCE, 2016a; Sentencia CCE 2016b)⁵.

ii) Obligatoriedad:

El precedente, de manera general, es obligatorio y tiene efectos generales; sin embargo y eventualmente, la Corte podría modificarlo si verifica situaciones que ameriten el cambio a partir de un caso en concreto, de manera argumentada, garantizando la progresividad y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia. El pensamiento jurídico de la Corte es de dos clases: De origen y derivado. De origen cuando se construye ex novo, es decir, sin que existan precedentes anteriores; y derivado, cuando toma precedentes anteriores para construirse, modificarse o mantenerse” (Sentencia CCE, 2012).

iii) Utilidad:

La importancia de los criterios jurisprudenciales radica por cuanto ilustra e informa, proporcionándoles antecedentes jurídicos sobre los problemas controvertidos y resueltos aplicables a casos concretos. Actualmente, los precedentes constitucionales tienen trascendental importancia en materia de derechos constitucionales, pues, proporcionan antecedentes jurídicos sobre el tema controvertido [...] Su importancia radica por su contenido, pues son profundamente meditadas, cuanto por su autoridad, puesto que proviene de la más alta Corte de justicia de la República. Por esta doble razón sirve de guía

⁵ Constante en ambas sentencias.

para la recta interpretación y aplicación del derecho en el *thema decidendum*. Así, las consideraciones jurídicas que anteceden al caso concreto constituyen una condición sine qua non para la buena realización del oficio del juez, pues, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, se fortifica en virtud de los métodos y reglas de la interpretación jurídica que orienta para explicar el problema, para describir lealmente las respuestas, para desentrañar los senderos posibles, para arribar a una solución integral, justa, conveniente, razonable, ponderada y factible (Sentencia CCE, 2015a).

Una vez analizados los factores existentes en el sistema judicial ecuatoriano, la siguiente sección hará una distinción crítica de su valor en el régimen jurídico ecuatoriano.

4. El valor de la jurisprudencia internacional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El problema surge en relación con la Jurisprudencia Internacional, y de ella la del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, materia de este estudio. Al respecto, la Corte Constitucional no plantea ninguna regla particular de precedentes. Su jurisprudencia propone, en el caso de derechos humanos, que los tratados internacionales deben guardar “armonía y conformidad con las normas constitucionales, es decir, sujetarse a esta sin perjuicio de la aplicación de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta” (Sentencia CCE, 2015b); y propone como fuente creadora de precedentes jurisprudenciales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros tribunales Internacionales (CCT, 2011)⁶.

Pero ¿es la jurisprudencia del SIDH obligatoria Mediante una regla de Derecho dentro del sistema jurídico ecuatoriano si no hay un elemento base para poder ponerla en práctica? En el sistema internacional, hay una serie de reglas que deben tenerse en cuenta como base y que explicamos a continuación.

a) La Jurisprudencia es una fuente auxiliar. El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia propone que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación para las reglas de Derecho, que sólo pueden ser hechas para los particulares involucrados en el caso (Véase Art. 59).

b) Las normas internacionales son un aporte para el derecho internacional en el sentido de que son “auxiliares, pero no secundarias”. Es decir, que ayudan a conocer cuál es el mejor contenido del Derecho y pueden servir para la creación de normas consuetudinarias, sin que ello no las haga superiores a los tratados (Sorensen, 1973, pp. 178-179).

c) La jurisprudencia de los tribunales “es autoritaria y puede ser excluyente o persuasiva en los tribunales nacionales de todos los Estados miembros, pero no es jurídicamente vinculante para ellos” (Shelton, 2009, p. 70).

Entonces, y considerando que el sistema jurídico supranacional es basado en un orden internacional caótico de varias hegemonías en conflicto (Kissinger, 2016), el sistema jurídico busca generar alguna respuesta de forma autorreferencial. Al respecto, y centrándonos en el sistema interamericano, la respuesta surge a partir de la generación de varias herramientas metodológicas surgidas de la jurisprudencia:

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de transición.

i) Principio de Efecto Útil:

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos (Faundez Ledesma, 1999, p. 60).

ii) Principio de *Corpus Iure*:

El sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, e impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección (Sentencia CIDH, 2018, *Vélez Looor Vs. Panamá*, párrafo 34).

iii) Control de Convencionalidad:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Sentencia CIDH, 2012c, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párrafo 203).

En nuestro caso, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aceptaría como obligatoria la jurisprudencia del sistema interamericano, considerando que el mismo conjunto jurisprudencial genera obligaciones sobre sí mismas respecto de los Estados que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Ese hecho, aunque importante para el presente estudio, no resuelve cómo se elige el precedente judicial para la aplicación de un caso, ni su propósito. Las siguientes secciones buscarán explicar ese elemento a través del concepto de “nichos de conocimiento” en materia judicial.

5. El caso del SIDH como ejemplo de nicho de conocimiento judicial y categoría de análisis jurídico

El sistema jurídico sufre una pérdida doctrinaria en el plano del conocimiento relativo a la construcción del sistema de decisión de los jueces. Existe todavía el concepto de que la acción del juez es una “boca muda” de la ley y con ellos se potencia con el colonialismo en los sistemas judiciales nacionales respecto al ordenamiento internacional. Es decir: la idea de que lo generado por un tribunal exterior al país, se considere como más legítimo, por el supuesto de que es un sistema menos viciado que el nacional. El caso de la Corte Interamericana es distinto por cuanto hace un papel de interpretador dinámico (Sentencia CIDH, 2005a, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrafo 128) que utiliza todo el sistema de forma permanentemente actualizable, y que ha sido calificado por ella misma como “positivo” por cuanto actualiza las relaciones entre Estados dentro del sistema internacional (Sentencia

CIDH, 2006b, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, párrafo 157), y que ese mecanismo se encuentra conforme tanto con la CADH, y la Convención de Viena de Derecho de los Tratados⁷. Pero en ningún momento de su jurisprudencia, se proponen reglas de conducta para utilizar la jurisprudencia del SIDH, más allá de su obligatoriedad.

Para responder cuál es el criterio que el juez del SIDH utiliza en la elección de jurisprudencia hay que tener en cuenta que todo sistema judicial, incluyendo el judicial, es afectado por los procesos de teoría de la administración. En general, los sistemas jurídicos y su manifestación en instancias procesales son una respuesta administrativa a la profusión de los valores liberales modernos en Occidente (Weber, 2001), basada en un sistema racional y reglado dividido entre los diferentes niveles del Estado (Duso, 2005). Todo este poder es limitado y asegurado por un sistema de normas (Gómez, 1994: 49). El sistema normativo, limita la posibilidad de imponer la voluntad propia a un comportamiento ajeno, y lo modula mediante la “dominación” (Weber, 1954: 323), que diferencia el poder de fuente normativa, del despótico.

En ese orden de cosas, la decisión de un juez se basa en que los procesos cognoscitivos de la persona se canalizan en la forma en que se predicen los sucesos. Dado que el aprendizaje de una persona llega a un límite por una situación determinada, la persona predice los sucesos construyendo réplicas de éstos. En el caso de la jurisprudencia, la persona tendrá una serie de respuestas limitadas, basada en las heurísticas disponibles que se tenga en la realidad y por tal razón realiza “constructos” en su mente, para generar respuestas jurídicas a los casos por el puesto a prueba. En Psicología, el constructo es una representación platónica de conceptos creados ex profeso para explicar la realidad de forma adecuada para cada observador. En tal sentido no existen una idea tal como “prácticas humanas verdaderas”, ya que los criterios de verdad o falsedad están contenidos por cada observador.

En tal razón, los constructos son medios para poder entender la realidad a través de “la creación de una estructura con la que adquiere un significado” (Kelly, 1950). Entonces, el juez decide utilizar una serie de estructuras que tienen grados objetivos y probados de funcionamiento en la realidad (respuestas de casos anteriores), basados en estructuras con consenso entre los involucrados en el sistema (normas de los instrumentos internacionales); por lo que, frente a escenarios con racionalidad limitada, se utilizan las normas como un medio para reducir las disonancias cognitivas existentes en una situación determinada. Al contrario, si el juez actúa únicamente bajo escenarios de información incompleta y con una fuerte carga ideológica se puede dejar de lado explicaciones alternativas de la realidad, y generar categorías absolutas que no resisten al análisis científico (Schumpeter, 1969).

El sistema de construcciones de las personas se refiere a procesos dicotómicos, cuyos escenarios son limitados. Frente a esto, el juez escogería la mejor alternativa en sí misma, considerando la mejor extensión y posibilidades de su decisión. El constructo (los casos disponibles para dar legitimidad a sus casos) se vuelve conveniente si se tiene una gama de sucesos limitada, y si su funcionamiento depende de su capacidad de adaptación a nuevas necesidades, por lo que se puede generar un constructo con elementos que aparentemente son incompatibles entre sí, y emplearlo en otras circunstancias en la medida que haya experiencias similares (Kelly, 1950, pp. 50-80). En ese orden de cosas, se puede suponer que cualquier acción del juez tenga un cierto valor, al tratar de generar una herramienta capaz de utilizarse en varios contextos; sin embargo, la experiencia en Latinoamérica supone lo contrario. Sorprende encontrar que entre litigantes, jueces y estudiantes existe una marcada preferencia

⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Serie A No. 16, párr. 114, y *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, párr. 83.

por apoyar la solidez de los argumentos de la doctrina y no utilizar argumentos jurídicos ya probados en una realidad determinada (López Medina, 2002, p. 156).

Así, un sistema que no obliga al principio del *stare decisis* (ya que la Corte no tiene ninguna regla que obligue a elegir un precedente jurisprudencial u otro), obliga sí a buscar otra herramienta explicativa, que muestre a) qué casos se escogen para solucionar una determinada temática, y b) por qué se eligen esos casos y se rechazan otros. Esto es importante, ya que, en cualquier organización, una decisión que se basa en pasos interdependientes y acumulativos dan lugar a una elección racional (Bañón, 1997, p. 292).

Dado que no se puede suponer una línea jurisprudencial como tal, lo que debe existir es una acumulación, basada en la prueba y el error, de precedentes que funcionan en varios entornos, los cuales reflejan una serie de reglas generales dentro del sistema y que, en consecuencia, podrían mostrar esos elementos que llamamos jurídicamente *corpus iure*. En términos de la biología, se denomina construcción de nicho a la alteración del hábitat propio o de otra especie por parte de un organismo vivo (Pocheville, 2015). En los estudios de la cultura se propone como un proceso de adaptación de las construcciones humanas a los entornos. La teoría propone que hay un proceso de “competición excluyente” (551) en el que hay una acción racional de que las construcciones (ideas) realizadas por los individuos es una forma adicional para asegurar su propagación a generaciones futuras (Dawkins, 2016).

Entonces, si tomamos en cuenta esta herramienta, lo que debería suceder es lo siguiente: el juez de la CIDH utilizaría de manera consciente herramientas probadas, que elige de todas las demás disponibles, por una elección racional, ya que prueban un punto de derecho. Entonces, ya que no existe una regla obligatoria de seguimiento del precedente judicial, lo que se hace es que se excluyen todos los demás precedentes que “no resultarían útiles” (según el operador judicial), con lo que se emite una decisión que un segundo operador analizaría en el futuro utilizando un precedente ni obligatorio ni vinculante, sino elegido. Este elemento explicaría varios fenómenos existentes en el SIDH, como la regla de expansión constante del Art. 29 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no se utilizaría el precedente “correcto”, sino el precedente que contenga una interpretación evolutiva, o la carencia de ejercicios de analogías en el SIDH, sino una aplicación directa de la norma.

El siguiente apartado explicará el alcance de la situación en términos cuantitativos; para esto se utilizará el análisis cualitativo-cuantitativo del análisis de redes sociales, que será explicado en la siguiente sección.

5.1. Análisis de nichos de conocimiento en la jurisprudencia del Sistema interamericano

5.1.1. Metodología

La metodología del presente proyecto se hará mediante cuatro pasos sucesivos basados en la teoría de Análisis de Redes. El *Social Network Analysis o SNA* es un mecanismo metodológico que, en suma, sirve para poder explicar el funcionamiento de una construcción humana a partir de los modos en los que se conectan ciertos entes (llamados “nodos”), a través de hechos o actos de conexión llamados “aristas” (Wasserman y Faust, 1994). El análisis de la red de citas realizada por los jueces de la Corte Interamericana permitirá explicar si existen nichos de conocimiento: casos que se repiten con regularidad, que soportaron la competencia excluyente de las diferentes formaciones. Para ello, se siguieron las siguientes líneas básicas.

a) *Levantamiento de información de casos*. Se eligieron como unidades de análisis los casos de la Corte Interamericana sesionados en el año 2016⁸, dado que cumplen dos condiciones: son las decisiones máximas del SIDH; y cuentan con la data —el uso de sentencias anteriores— más avanzada; esto haría que se cuente con unidades de análisis bien delimitadas, como lo exige la doctrina (Rodríguez Treviño, 2013). Toda esta información fue construida en torno a bases de datos de Microsoft Excel, que pueden ser transformadas en archivos CSV (un tipo de documento en formato abierto sencillo para representar datos en forma de tabla) y XLS (diseñado para uso de hojas de cálculo).

b) *Levantamiento de red social*. La construcción de una red no es un sistema de medición cuantitativa nuevo. La idea de utilizar una manifestación gráfica de interconexiones lo planteaba Simmel y Durkheim (Wasserman y Faust, 1994, p. 36). La gestión de relaciones complejas tuvo sus primeros aportes teóricos en los estudios de Jacob L. Moreno y Helen Jennings (1938). Dado que lo que se quiere demostrar la existencia de regularidad en la jurisprudencia del SIDH, esta herramienta puede ayudar a mostrar las conexiones existentes entre el universo de sentencias consultado (Rodríguez, 1995).

En esta oportunidad se utilizó el software Onodo. Éste es un sistema a través de la web capaz de analizar comportamientos de redes complejas, bajo la hipótesis previa de que los jueces actúan con variables estables de actuación (Tichy, Tushman, y Fombrun, 1979): deben motivar sus sentencias, y por tanto usan normas.

c) *Búsqueda de nichos de conocimiento*. Si la teoría de redes es cierta, “la experiencia personal de los individuos está estrechamente vinculada con los aspectos de mayor escala de la estructura social, además de por el control de los individuos particulares” (Granovetter, 1973: 1377), es así que los jueces del SIDH deberían escoger cierta jurisprudencia con una regularidad que muestre que son elementos “probados” y que resisten su uso en el sistema jurisprudencial.

Este mecanismo tiene una serie de limitaciones: la primera es la misma naturaleza de violaciones de derechos humanos dentro del SIDH. Por ejemplo, el caso de violaciones al debido proceso es posible que se repita, dado que el sistema interamericano es residual, y por lo tanto depende de un agotamiento de recursos internos cumplido no sólo a nivel normativo por el Estado (Sentencia CIDH, 2006d, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párrafo 147). Otro elemento a analizar es el universo de estudio, ya que el número de decisiones de la Corte IDH en el 2016 son sólo una parte del corpus iure del sistema interamericano. Sobre esto, surge una única regla del sistema: la aplicación normativa “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano” (Sentencia CIDH, 2005b, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párrafo 106).

5.1.2. Análisis de Redes

La red resultante de las citaciones en el SIDH, de los casos escogidos es, de acuerdo al Gráfico 1, la siguiente:

⁸ *Andrade Salmón Vs. Bolivia; Gómez Vs. Costa Rica; I.V Vs. Bolivia; Miembros De La Aldea Chichupac Y Comunidades Vecinas Del Municipio De Rabinal Vs. Guatemala; Valencia Hinojosa Y Otra Vs. Ecuador; Yarce y otras Vs. Colombia; Canales Huapaya y otros Vs. Perú; Comunidad Campesina De Santa Bárbara Vs. Perú; Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú; Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú; Duque Vs. Colombia.*

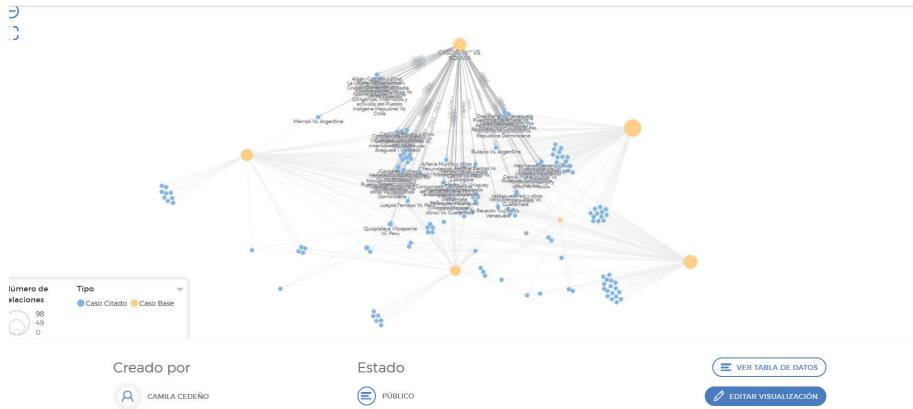


Gráfico 1. Red de Citación Corte Interamericana 2016. Proyección Fructerman-Reingold, mediante Software Onodo

Al analizar las 11 sentencias ya referidas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2016, se encontró que la sentencia más citada es el *Caso Herrera Espinoza vs. Ecuador* con un total de 69 veces que equivale al 5.71% del total de citas; en segundo lugar está el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* con 66 veces igual al 5.46%; y en tercer lugar el caso *Masacre de Río Negro vs. Guatemala* citado 48 veces con un 3.97%, sobre un total de 1208 citas entre las 11 sentencias. De la misma jurisprudencia no se encuentran las razones por las cuales estos tres casos son elegidos y no otros. Este fenómeno subraya varias contradicciones del mecanismo interamericano. Por ejemplo, al asumir la jurisprudencia de la CIDH como obligatoria para sí misma (Sentencia CIDH, 2006a, *La Cantuta Vs. Perú*, párrafo 72) debería cumplir con una acción de codificación normativa: ignora los precedentes en conflicto con la CADH y la jurisprudencia, y evitar que las precedentes que agudicen en el lenguaje de las leyes escritas. En *La Cantuta Vs. Perú*, por citar un ejemplo, se propone mostrar que la determinación de las víctimas es “amplia y ajustada a cada caso”, lo que puede hacer entender un sistema en que los precedentes son herramientas jurisprudenciales adaptativas, sin mayor elemento de “líneas” o precedentes.

De esta forma, lo que sucede es un fenómeno contrario al del *stare decisis*: se da una serie de elementos de adaptación normativa, basada en un nicho de conocimiento. Es decir, a diferencia de seguir un encadenamiento de decisiones judiciales a través del tiempo, lo que sucede es que el juez del sistema elige la jurisprudencia sin base normativa sino por otros vectores. Así, tratar los precedentes como superiores a la CADH es basarse en una fuente auxiliar⁹, y generará, como en cualquier sistema de proposiciones lógicas, que la aceptación de una sola contradicción acepte todas las contradicciones, haciendo que cada proposición sea lógicamente indecible. En tal virtud los precedentes de la Corte IDH no son *vinculantes*, sino *persuasivos*, mostrando la línea base a partir de lo que se puede decidir, confirmando a Ferrajoli, quien proponía la necesidad de establecer aquello que puede decidirse o no (2008), en el marco del límite pro homine¹⁰.

Esto puede desagregarse en los casos analizados. En todos sucede un mismo fenómeno de dos pasos: por un lado, un grupo duro de casos, aparentemente inconexos entre

⁹ Véase Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁰ En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (Sentencia CIDH, 2005, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párrafo 106).

sí que son citados como elementos de toma decisión; y por otro, una repetición constante de los casos en la estructura de la sentencia.

a) *Andrade Salmón vs. Bolivia* con un total de 64 casos citados, en 157 ocasiones diferentes; 8¹¹ son los casos más citados que representan el 13%, con un total de 63 citas entre los 8 casos, que equivale al 40% entre las 157 veces que se citaron.

b) *Gómez Murillo vs. Costa Rica* con un total de 12 casos citados, en 37 ocasiones diferentes; 3¹² son los casos más citados que representan el 25%, con un total de 28 citas entre los 3, lo que equivale al 76% del total de 37 citas.

c) *I.V. vs. Bolivia* con un total de 61 casos citados, en 199 ocasiones diferentes; 613 son los casos más citados que representan el 10% entre los 61 casos, con un total de 81 citas entre los 6, lo que equivale al 41% del total de 199 citas.

d) *Miembros de la aldea Chichupac y Comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala* con un total de 81 casos citados, en 343 ocasiones diferentes; 714 son los casos más citados que representan el 9% entre los 81 casos, con un total de 139 citas entre los 7, lo que equivale al 41% del total de 343 citas.

e) *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador* con un total de 47 casos citados, en 117 ocasiones diferentes; 815 son los casos más citados que representan el 17% entre los 47 casos, con un total de 55 citas entre los 8, lo que equivale al 47% del total de 117 citas.

f) *Yarce y otras vs. Colombia* con un total de 101 casos citados, en 318 ocasiones diferentes; 616 son los casos más citados que representan el 6% entre los 101 casos, con un total de 94 citas entre los 8, lo que equivale al 30% del total de 318 citas.

g) *Canales Huapaya y otros vs. Perú* con un total de 4 casos citados, en 10 ocasiones diferentes; 217 son los casos más citados que representan el 50% entre los 4 casos, con un total de 8 citas entre los 2, lo que equivale al 80% del total de 10 citas.

h) *Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú* con un total de 2 casos citados, en 4 ocasiones diferentes, equivale al 50% con 2 citas cada uno.

i) *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú* con un total de 8 casos citados, en 9 ocasiones diferentes; 118 es el caso más citado que representa el 13% entre los 8 casos, con un total de 2 citas, lo que equivale al 22% del total de 9 citas.

¹¹ *Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador; Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú; Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú; García Ibarra y otros Vs. Ecuador; Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia; Furlan y familiares Vs. Argentina; Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela; Tenorio Roca y otros Vs. Perú.*

¹² *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica; García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México; Pacheco Tóruel y otros Vs. Honduras.*

¹³ *Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras; Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica; Tenorio Roca y otros Vs. Perú; Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador; Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala.*

¹⁴ *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras; Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú; Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala; Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala; Tenorio Roca y otros Vs. Perú; García y familiares Vs. Guatemala.*

¹⁵ *García Ibarra y otros Vs. Ecuador; Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras; López Lone y otros Vs. Honduras; Pollo Rivera y otros Vs. Perú; Flor Freire Vs. Ecuador; Castañeda Gutman Vs. México; Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela.*

¹⁶ *Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala; Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador; Suárez Peralta Vs. Ecuador; Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia; Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala; Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.*

¹⁷ *Argüelles y otros Vs. Argentina; Loayza Tamayo Vs. Perú.*

¹⁸ *Argüelles y otros Vs. Argentina*

j) *Ovilcapoma vs. Perú* con un total de 4 casos citados, en 10 ocasiones diferentes; 219 son los casos más citados que representa el 50% entre los 4 casos, con un total de 8 citas entre los 2, lo que equivale al 80% del total de 10 citas.

k) *Duque vs. Colombia* con un total de 3 casos citados, en 4 ocasiones diferentes; 120 es el caso más citado que representa el 33% entre los 3 casos, con un total de 2 citas, lo que equivale al 50% del total de 4 citas.

Del análisis presentado se muestra que: 1) los jueces no tienen una regla jurisprudencial, apuntada más allá de aquellas que por su necesidad estructural (las básicas de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados) u obligatorias de aplicación (como la de pro persona) suponen para el funcionamiento del sistema, por lo cual la regla de precedentes no puede demostrar lo que sucede en el caso de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2) la jurisprudencia no se explica más que por la temática de los casos que hayan utilizado los casos mayoritarios relacionados con la privación arbitraria de la libertad y torturas así como las violaciones al debido proceso penal y protección judicial; 3) no deja de ser sorprendente que el primer caso del sistema interamericano, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, haya tenido tanta importancia, considerando que hay una fuerte jurisprudencia posterior respecto a temas de desaparición forzada y violaciones al derecho a la vida, integridad física y debido proceso. Es posible que el juez que haya aceptado el estándar del caso *Velásquez Rodríguez* como aceptable haya dejado de aplicar otros casos más actuales, y, en consecuencia, se cuente con un nicho de conocimiento respecto al tema, que reemplaza a la línea jurisprudencial o a la interpretación evolutiva.

Este hecho lleva a preguntarnos cuál es el mecanismo de elección de los casos en el SIDH. Es conveniente entender que, de los casos presentados, los casos del SIDH son una autoridad persuasiva más que una de tipo vinculante. Lo que sucede es que, al obligar al juez a que pretenda apartarse de la doctrina probable (existente en nichos de conocimiento claros para el operados judicial) y el precedente judicial a exponer sus razonamientos, se llega a una situación en la que, como expresa la Corte Constitucional Colombiana, “la ratio decidendi de las sentencias [...], en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma” (CCC, 2015), lo que puede ser aunado a la idea de la Corte Constitucional ecuatoriana, que propone que, si un caso tiene como precedente una sentencia en la cual ya se tuteló el derecho reclamado, ha instalado condiciones de predictibilidad, por lo que, el ulterior caso necesariamente debe guardar armonía con el precedente jurisprudencial (CCE, 2016b).

6. Conclusiones

El presente estudio ha buscado demostrar, por un lado, las zonas grises existentes en el sistema jurídico internacional respecto a la aplicación de precedentes jurisprudenciales, en un espacio que no tiene una regla de precedente. En segundo lugar, se ha mostrado la tendencia a una aplicación no basada en la regla de interpretación incremental y evolutiva. En tal razón, la tradición legal latinoamericana ha tenido a la jurisprudencia (en la regla general) una excepción como fuente material del Derecho. De hecho, la visión sobre el valor de las decisiones de los jueces ha estado basada en la reputación personal del decisor, o en la importancia del caso, más allá de la existencia de reglas de derecho obligatorias y básicas de la gestión de esa fuente como parte del sistema normativo. En el caso del SIDH, existe una

¹⁹ *Argüelles y otros Vs. Argentina; Loayza Tamayo Vs. Perú.*

²⁰ *Loayza Tamayo Vs. Perú.*

cohabitación de dos maneras de aplicar la jurisprudencia: una visión de fuente auxiliar de la creación normativa, y otra que asume sus propios precedentes como obligatorios, sin apuntar en los mismos la idea de una “línea jurisprudencial”. Esta segunda se basa en las siguientes condiciones: un grupo de casos que se consideran básicos, pero adaptados en para cada caso; la existencia de condiciones de predictibilidad y la repetición de los mismos dentro de las sentencias sucesivas.

Este texto busca mostrar las bases de un fenómeno y sus alcances jurídicos. Como todo estudio que se basa en la decisión de una autoridad, más aún si consideramos la variedad y riqueza del SIDH, tiene una limitante: la información corresponde a *stakeholders* (Ackermann y Eden, 2011). En este caso, al no haberse elegido una metodología cualitativa, no se puede responder de manera adecuada a la existencia de las razones personales en los operadores de justicia para elegir un caso o no; ese elemento debería basarse en la posibilidad de aprovechar otras herramientas investigativas que levanten esta información. Ese hecho deberá mostrar, pues, nuevas bases de estudio.

Finalmente, la falta de una regla de precedente jurisprudencial, dentro de un espacio que no la pide, pero que acepta la legitimidad de utilizarla, muestra que la ordenación del sistema internacional depende de lo que los operadores judiciales acepten. En el caso del SIDH, por su importancia y obligatoriedad, se demuestra que el Derecho además de reglas y normas es creencia y necesidad de dar a las palabras una legitimidad que muchas veces no es la prevista en el sistema jurídico, por lo que lo mejor que puede hacerse es, parafraseando a Jonathan Swift en *Los viajes de Gulliver*, que todo lo que se ha hecho antes puede legalmente hacerse nuevamente. Por lo tanto, debe contarse con especial cuidado de registrar todas las decisiones que antes se hacían contra la justicia común y la razón general de la humanidad, y, entre aquellas que logran ser un mecanismo de justicia individual y social, ser un elemento base para mejores decisiones.

Referencias bibliográficas

- Ackermann, F. y Eden, C. (2011). Strategic management of stakeholders: Theory and practice. *Long Range Planning*, 44 (3), 179-196.
- Alexy, R. (1988). Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 139-151.
- Bañón, R. (1997). *La nueva administración pública*. Madrid: Alianza Editorial.
- Casal Hernández, J. (2004). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 299-325.
- Clemente de Diego, F. (2016). *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Comares: Sevilla.
- Dawkins, R. (2016). *The Extended Phenotype: The Long Reach of the Gene*. London: Oxford University Press.
- De Otto, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Duso, G. (2005). *El poder: para una historia de la filosofía política moderna*. Editorial Siglo XXI: México D.F.
- Faundez Ledesma, H. (1999). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: IIDH.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6 (1), 337-343.
- García Maynez, E. (1974). *Introducción al derecho*. México, DF: Porrúa.

- Gómez, E. (1994). *Legitimación y racionalización: Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. México D.F.: Anthropos Editorial.
- Granovetter, M. S. (1973). *The Strength of Weak Ties*. *American Journal of Sociology*, 78(6), 1360-1380.
- Hernández Walker, L. (2017). Esquizofrenia Judicial: Sentencias Constitucionales vs. Triple Reiteración. *Lexis*. <<https://lexisecuador.wordpress.com/2017/06/01/esquizofrenia-judicial-sentencias-constitucionales-vs-triple-reiteracion/#more-1966>>.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 457-478.
- Jennings, H. (1938). Statistics of social configurations. *Sociometry*, 1 (3-4), 342-374..
- Kelly, G. A. (1950). *The Psychology of Personal Constructs, 2 vols*. Nueva York: Norton.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kissinger, H. (2016). *Orden Mundial*. Barcelona: Debate.
- López Medina, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- (2004). *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá. D.C.: Legis Editores.
- Moreno, J. L. (1938). Statistics of social configurations. *Sociometry*, 1(3-4), 342-374.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Pocheville, A. (2015). The Ecological Niche: History and Recent Controversies. En T. Heams, P. Huneman, G. Lecointre, & M. Silberstein (eds.). *Handbook of Evolutionary Thinking in the Sciences*, pp. 547-586. Londres y Nueva York: Springer.
- Rodríguez Treviño, J. C. (2013). Cómo utilizar el Análisis de Redes Sociales para temas de historia. *Signos históricos*, 15 (29), 102-141.
- Rodríguez, J. A. (1995). *Análisis estructural y de redes*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- Schumpeter, J. (1969). Ciencia e Ideología. *Investigación Económica*, 29 (115), 375-377.
- Shelton, D. (2009). Soft Law. En D. Armstrong (ed.). *Routledge Handbook of International Law* (pp. 68-81). Nueva York: Routledge.
- Sorensen, M. (1973). *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Swift, J. (2016). *Los viajes de Gulliver*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Teubner, G. (1989). *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main: Shrkamp.
- Wasserman, S., & Faust, K. (1994). *Social Network Analysis: Methods and Applications*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Weber, M. (1954). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Boston: Harvard University Press.
- (2001). *Qué es la burocracia*. México D.F.: Ediciones Coyoacán Sociología.

Legislación

- Código Civil Ecuatoriano. (Codificación No. 2005010). Registro Oficial N° 46 Suplemento, 24 de Junio del 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, 20 de Octubre del 2008.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, adoptado el 26 de junio de 1945.

Sentencias

- CCC / Corte Constitucional de la República de Colombia (2015). Sentencia C-621/15, de 30 de septiembre de 2015.
- CCE / Corte Constitucional de la República del Ecuador (2016a). N° 001-16-SIS-CC, del 6 de Enero de 2016, Magistrado Ponente Principal Ruth Seni Pinoargote. Registro Oficial N° 712 Suplemento, 15 de Marzo de 2016.
- (2016b). N° 002-16-SEP-CC, del 6 de Enero de 2016, Magistrado Ponente Víctor Francisco Butiñá Martínez, Registro Oficial N° 712 Suplemento, 15 de Marzo de 2016.
 - (2015a). N° 322-15-SEP-CC, del 30 de Septiembre de 2015, Magistrado Ponente Principal Antonio José Gagliardo Loor, Registro Oficial N° 654 Suplemento, 22 de Diciembre de 2015.
 - (2015b). N° 008-15-DTI-CC, del 21 de Octubre de 2015, Magistrado Ponente Principal: DR. Principales MCMS María del Carmen Madonado Sánchez, Registro Oficial N° 654 Suplemento, 22 de Diciembre de 2015 CCE
 - (2012). N° 017-12-SIN-CC, del 26 de Abril de 2012, Magistrado Ponente Principal Ruth Seni Pinoargote, Registro Oficial N° 743 Suplemento, 11 de Julio de 2012.
- CIDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.
- (1997). *Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
 - (2004). *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
 - (2005a). *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
 - (2005b). *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
 - (2006a) *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
 - (2006b). *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
 - (2006c). *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
 - (2006d). *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
 - (2006d). *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
 - (2009). *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
 - (2010). *Vélez Looor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
 - (2012a). *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
 - (2012b). *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

- (2012c). *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- (2012d). *García y familiares Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258.
- (2012e). *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- (2012f). *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- (2012g). *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.
- (2013). *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273.
- (2014) *Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.
- (2015a). *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.
- (2015b). *Argüelles y otros Vs. Argentina*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2015. Serie C No. 294.
- (2015c). *García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.
- (2015d). *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- (2015e). *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.
- (2016a). *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
- (2016b) *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 320.
- (2016c). *Andrade Salmón vs. Bolivia* . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.
- (2016d). *Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 321.
- (2016e). *Caso Herrera Espinoza vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
- (2016f). *Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 324.
- (2016g). *Duque vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 322.
- (2016h). *Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- (2016i). *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excep-

- ciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 323.
- (2016j). *Gómez Murillo vs. Costa Rica*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.
 - (2016k). *Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
 - (2016l). *López Lone y otros Vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2016. Serie C No. 317.
 - (2016m). *Miembros de la aldea Chichupac y Comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.
 - (2016n). *Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.
 - (2016o). *Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.
 - (2016p). *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327
 - (2016q). *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.
 - (2016r). *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 320.

Resoluciones y opiniones consultivas

- CCT / Corte Constitucional de Transición de la República del Ecuador (2011). Resolución Administrativa No. 004-10-AD-CC, de 5 de agosto de 2011.
- CIDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

The American Convention on Human Rights.
Updated by the Inter-American Court¹
La Convención Americana sobre Derechos Humanos,
Actualizada por la Corte Interamericana²

ÁLVARO PAÚL³
Pontificia Universidad Católica de Chile

Summary

This work attempts to provide an instrument allowing non-specialized readers to become acquainted with the Inter-American Court of Human Rights case law. In order to do so, it inserts the Inter-American Court's case law into the American Convention on Human Rights. The author makes this insertion using the prescriptive and concise format of international treaties, so that the result of this work is neither a manual nor a casebook, but a document that is brief and easy to consult.

Keywords

Inter-American Convention on Human Rights / Inter-American Court of Human Rights / Evolutive Interpretation.

Resumen

El presente trabajo busca posibilitar que el público no especializado acceda a la jurisprudencia de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. Para hacerlo, intercala la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta incorporación se hace utilizando el formato prescriptivo y conciso que tienen los tratados internacionales, de modo que el resultado no sea un manual ni un compendio de Derecho, sino que un documento breve y de fácil consulta.

Palabras clave

Convención Americana sobre Derechos Humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Interpretación Evolutiva.

It is desirable that the instruments of the American corpus juris include unequivocal orders, as clear as possible, whose interpretation does not require greater effort by the applicator of the norm, and even for any common reader.

¹ Editor's note: Due to the particular nature of this article and the advice of the Dossier's coordinator we have used footnotes for the citation instead of parenthesis in order to add fluidity for the reading.

² For this article I am thankful to Jean Menanteau, José Tomás Mery and Pier Pigozzi.

³ Professor at Pontificia Universidad Católica de Chile. Graduate from Universidad de los Andes (Chile), Master in Law (MJur) from the University of Oxford, and Philosophy Doctor (PhD) from Trinity College, Dublin. The author has been an intern at the Inter-American Court and Commission, and a study visitor at the European Court of Human Rights. E-mail: alvaro.paul@uc.cl



Sergio García-Ramírez,
then President of the Inter-American Court
Miguel Castro-Castro Prison v. Perú

1. Preliminary remarks

The Inter-American Court of Human Rights has been adjudicating for nearly forty years. In this lapse of time it has developed a wide case law that, due to the Court's system of interpretation, has somewhat transformed the American Convention on Human Rights (ACHR) to such an extent, that nowadays it is impossible to grasp its scope without referring to the Court's rulings⁴. Because of this interpretation, non-specialized readers of the ACHR miss much of the breadth of this treaty. This reality encouraged us to provide an "up to date" version of the ACHR. As a result, we offer the common reader a treaty-like document, where we include the Inter-American Court's case law, so that it is possible to have an instant grasp of what the Inter-American Court requires of States. We limited our work to the first three chapters of the ACHR, because they include what is most relevant to the readers of the ACHR.

Of course, since this work has a simple format, it cannot be assessed as an in-depth academic paper. The specific strength of this work is not to provide a detailed and comprehensive analysis of each Article of the ACHR, but to present the Inter-American Court's case law at a glance. Hence, there are many nuances that cannot be registered in this work. Furthermore, the methodology for selecting the cases that are presented as sources would not be suitable for an in-depth academic Article. In part, this methodological choice arose because of length concerns that prevented us from including all the relevant judgments that "updated" the ACHR (this is also the reason why we excluded references to academic papers). As a result of this restriction, when we were faced with the need to provide sources for each "update" of the ACHR, we decided to choose a single judgment on the merits or a single advisory opinion. In order to choose this source, we took into account different qualities of the decision, such as its clarity, its completeness (when establishing requisites), and even if their English translation had an adequate wording. We also tried to include a significant number of cases, but we could not consider them all. The reader should, however, know that this paper is only the first approach to having an ACHR "up to date"; particularly, because it is part of a larger project, where it will be possible to analyze each Article more in depth.

We are aware that, even though the Inter-American Court has the practice of supporting its decisions by referring to its previous judgments, the principle of *stare decisis* has no standing before the Court, as it is often the case with international courts⁵. Nevertheless, consistent application of legal instruments allows for legal certainty, so it is a goal that courts should try to achieve. Therefore, case law will always be important, particularly before the Inter-American Court, since it created the doctrine of *conventionality control*, which attempts to require States and its domestic bodies to directly apply the Court's rulings, even if they were issued in judgments against third States⁶.

When "updating" the American Convention, we did not only use the *ratio decidendi* of cases, because the Court often quotes its *obiter dicta* in subsequent cases. Similarly, we did not

⁴ Due to the nature of this work, we will not address the legal value of the Court's interpretations. All the translations from Spanish to English are mine.

⁵ See, e.g., Statute of the International Court of Justice (1945), Art. 59.

⁶ This doctrine is, in and of itself, a complex issue that could not be addressed in depth in our paper, even though we included it in Article 1C. For a good account of this doctrine, see Ariel E. Dulitzky (2015).

await for a statement to become *jurisprudence constant* of the Court before including it in this paper, because there are some issues that are not frequently addressed by the Court, so it would be difficult to await for subsequent decisions confirming earlier interpretations, as it could happen with cases concerning slavery. We even included case law that could be considered contradictory, as it happened with decisions regarding the right to life in *Villagrán-Morales* and *Artavia-Murillo*⁷, unless the earlier interpretation was definitely abandoned by a subsequent *jurisprudence constant*, as it happened with the interpretation of the right to the truth in *Bulacio v. Argentina*⁸.

Before proceeding to the core of this work, we must clarify that this paper does not attempt to issue value judgments as to the appropriateness of the Court's interpretations, or regarding the Court's power to interpret the ACHR the way it does. We must also explain a few formal issues. The text in bold shows the original text of the ACHR. The rest of the text shows the interpretations of the Inter-American Court. We tried to copy the Court's wording in quotation marks as much as possible, in order to be faithful to its rulings. When we considered that the Court created a new right based on an existing one, we added it as close as possible to the right in which it was based. No text of the ACHR has been omitted. If we considered that the Court dismissed or disregarded some text of the ACHR, we simply crossed it out. It is also relevant to note that we did not use gender neutral language, just as a way of maintaining the style in which the ACHR was drafted.

AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS UP TO DATE

**Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights,
San José, Costa Rica, 22 November 1969**
(as interpreted by the Inter-American Court up to 2016)

PART I - STATE OBLIGATIONS AND RIGHTS PROTECTED CHAPTER I - GENERAL OBLIGATIONS

Article 1. Obligation to Respect Rights

1. The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex⁹, language, religion or belief¹⁰, political or other opinion, national, ethnic¹¹ or social origin, nationality, age¹², economic status, property, civil status¹³,

⁷ See below in this article: Art. 4(1).

⁸ In *Bulacio* the Inter-American Court broadened its case law on the right to the truth *in the narrow sense* in order to include non-gross human rights violations, but this interpretation was soon narrowed down. *Bulacio v. Argentina* (2003, ¶¶ 113-117). In relation to the distinction of a right to the truth *in the narrow sense* or *in the broad sense*, see Álvaro Paúl (2017).

⁹ The Court refers to "gender" instead of "sex" in its Advisory Opinion No. 18. However, it seems that the Court just wanted to use these to concepts as synonyms, which is why "gender" is not added as a separate category. Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 101).

¹⁰ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 101).

¹¹ *Norín-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶ 206).

¹² Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 101).

¹³ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 101).

birth, sexual orientation¹⁴, or any other social¹⁵ condition.

1B. “[D]ecisions adopted by domestic bodies that could affect human rights must be duly funded and justified¹⁶. Otherwise, they will be considered arbitrary¹⁷. In addition, States Parties must consult indigenous and tribal communities and peoples before taking administrative or legal measures affecting their rights¹⁸.”

2. For the purposes of this Convention, “person” means every human being.

This provision must be read in relation to Article 4(1)¹⁹. Legal persons are not right holders according to this Convention²⁰. However, indigenous communities, trade unions, federations and confederations may be considered victims²¹. Natural persons may appear before the Court claiming for actions committed against legal persons, whenever there is an essential and direct link between them²².

Article 1B. Right to the Truth

1. Every person has the right to know the truth about the human rights violations that affected him or his next of kin, in accordance with Articles 8 and 25 of this Convention²³.

2. States Parties must take effective measures to prevent and investigate human rights violations, even by non-state actors²⁴. States Parties must promptly investigate those responsible for violations of human rights and, where possible, punish them²⁵. In cases where statutes of limitation are applicable, the state must adopt some kind of measure that allows the victim of human rights violations or their relatives to know what happened in a given case²⁶. Victims or the next of kin of deceased victims shall have the right to participate in these proceedings²⁷.

3. In cases of serious offenses to a human right, the right to the truth requires:

a. “the procedural determination of the most complete historical truth as possible”²⁸;

¹⁴ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 91).

¹⁵ The English version of Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 101) refers to “status” instead of “social condition”. However, the Spanish original replaces “condición social” with “condición”, so it seemed better to leave it more similar to the Spanish version, which is closer to the original ACHR.

¹⁶ *Escher et al. v. Brazil* (2009c, ¶ 139).

¹⁷ *Escher et al. v. Brazil* (2009c, ¶ 139).

¹⁸ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶ 166).

¹⁹ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 256).

²⁰ Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and Scope of Article 1(2), in Relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as Well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador). Advisory Opinion OC-22/16 (2016). Only in Spanish.

²¹ Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights System. Advisory Opinion OC-22/16 (2016). Only in Spanish.

²² Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights System. Advisory Opinion OC-22/16 (2016, ¶¶ 119-120).

²³ *Rochela Massacre v. Colombia (The)* (2007e, ¶ 147).

²⁴ *García-Prieto et al. v. El Salvador* (2007d, ¶¶ 77, 99-104, 115-116).

²⁵ *Miguel Castro-Castro Prison v. Perú* (2006g, ¶¶ 253-256).

²⁶ *Vera-Vera et al. v. Ecuador* (2011g, ¶¶ 122-123).

²⁷ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 109).

²⁸ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 117).

- b. that the state does “not invoke the statute of limitations, the non-retroactivity of criminal law or the *ne bis in idem* principle to decline its duty to investigate and punish those responsible”²⁹;
- c. that states shall enact no amnesties in cases of serious human rights violations³⁰. This prohibition shall extend to amnesties benefitting both sides of a domestic conflict³¹, and those enacted by democratic governments and ratified via referendum³².
- d. This investigation shall be initiated *ex officio*³³. The state shall also provide immediately sufficient and overall protection measures regarding any act of coercion, intimidation and threat towards witnesses and investigators³⁴.
4. States have the obligation to repair the victim’s violation of human rights³⁵. Reparations must be comprehensive; they cannot be restricted to the payment of compensation³⁶. Civil or administrative procedures aimed at obtaining compensation cannot rest exclusively on the victim or their next of kin’s procedural or evidentiary initiative³⁷.

Article 1C. Conventionality Control

1. The obligation to respect rights established in Article 1 must be understood as requiring state bodies to exercise a conventionality control³⁸. This means that “the organs of any of the branches whose authorities perform judicial duties should exercise not only a control of constitutionality, but also of ‘conventionality’ *ex officio* between the domestic norms and the American Convention, evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations”³⁹. When performing this task, these domestic bodies must “take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention”⁴⁰.
2. The existence of domestic laws that are contrary to the Convention or to the Inter-American Court’s interpretation of it shall not prevent domestic bodies from exercising the control of conventionality⁴¹. Domestic laws that are contrary to this Convention shall not be considered a violation of it, unless they are self-executing laws⁴².

²⁹ *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (2006b, ¶ 151).

³⁰ *Barrios Altos v. Perú* (2001b, ¶ 41). The English translation of this paragraph is deficient.

³¹ *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (2006b, ¶¶ 82(10), 110-114).

³² *Gelman v. Uruguay* (2011e, ¶¶ 147, 149, 238).

³³ *García-Lucero et al. v. Chile* (2013a, ¶ 122).

³⁴ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 107).

³⁵ *García-Lucero et al. v. Chile* (2013a, ¶ 182).

³⁶ *Pueblo Bello Massacre v. Colombia (The)* (2006h, ¶ 206).

³⁷ *Pueblo Bello Massacre v. Colombia (The)* (2006h, ¶ 209).

³⁸ *Aguado-Alfaro et al. v. Perú* (2006a, ¶ 128).

³⁹ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 287).

⁴⁰ *Cabrena-García & Montiel-Flores v. Mexico* (2010a, ¶ 225).

⁴¹ *Cabrena-García & Montiel-Flores v. Mexico* (2010a, ¶¶ 233-234).

⁴² Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights. Advisory Opinion OC-10/89 (1989, ¶¶ 41-50).

Article 2. Domestic Legal Effects

1. Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by constitutional⁴³, legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms. This obligation “implies the adoption of two different measures, namely:

“[a.] the elimination of any norms and practices that in any way violate the guarantees provided under the Convention or disregard the rights therein enshrined or obstruct its exercise; [and]

“[b.] the promulgation of norms and the development of practices conducive to the effective observance of those guarantees”⁴⁴.

1B. States may take some time to adjust their domestic laws, but this time must be reasonable⁴⁵. The foregoing shall not be interpreted as excluding or limiting the self-executive nature of the Convention or of the Inter-American Court’s interpretation thereof, according to the conventionality control, referred to in Article 1C.

2. “[I]n complying with the general obligation to respect and guarantee rights, the States are obliged to ‘take affirmative action, avoid taking measures that restrict or infringe a fundamental right, and eliminate measures and practices that restrict or violate a fundamental right’”⁴⁶.

CHAPTER II - CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Article 3. Right to Juridical Personality

1. Every person has the right to recognition as a person before the law. This right “implies the capacity to be the holder of rights (capacity of exercise) and obligations”⁴⁷.

2. States have the duty to “implement mechanisms enabling all persons to register their births and get any other identification documents, ensuring that these processes are, at all different levels, accessible both legally and geographically”⁴⁸.

3. Indigenous and tribal groups have “the right to have their juridical personality recognized by the State”⁴⁹.

Article 4. Right to Life and to a Dignified Existence⁵⁰

1. Every person has the right to have his life respected, and “restrictive approaches to it are inadmissible”⁵¹. **This right shall be protected by law and, in general** gradually

⁴³ *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico* (2010a, ¶ 234).

⁴⁴ *Salvador-Chiriboga v. Ecuador*, (2008b, ¶ 122).

⁴⁵ *Barreto-Leiva v. Venezuela*, (2009b, ¶ 108).

⁴⁶ *Boyce et al. v. Barbados* (2007a, ¶ 69).

⁴⁷ *Bámaca-Velásquez v. Guatemala* (2000, ¶ 179).

⁴⁸ *Sawhoyamasa Indigenous Community v. Paraguay (The)* (2006i, ¶ 193).

⁴⁹ *Saramaka People v. Suriname (The)* (2007f, ¶ 172).

⁵⁰ *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala (Street Children)* (1999, ¶ 144).

⁵¹ *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala (Street Children)* (1999, ¶ 144).

and incrementally according to the human being's level of development⁵², **from the moment of conception** implantation⁵³. **No one shall be arbitrarily deprived of his life.** States parties have the positive obligation to “adopt all the appropriate measures to protect and preserve the right to life”⁵⁴.

1B. In the case of armed conflicts, the arbitrariness of the deprivation of life shall be judged according to the principles of International Humanitarian Law⁵⁵.

2. In countries that have not abolished the death penalty, it may be imposed only for the most serious crimes and pursuant to a final judgment rendered by a competent court and in accordance with a law establishing such punishment, enacted prior to the commission of the crime. Death penalty shall not be carried out if international proceedings are pending⁵⁶. A death “sentence must be individualized in conformity with the characteristics of the crime, as well as the participation and degree of culpability of the accused”⁵⁷. Thus, the law may not establish mandatory death sentences for certain crimes⁵⁸. **The application of such punishment shall not be extended to crimes to which it does not presently apply.**

3. The death penalty shall not be reestablished in states that have abolished it.

4. In no case shall capital punishment be inflicted for political offenses or related common crimes.

5. Capital punishment shall not be imposed upon persons who, at the time the crime was committed, were under 18 years of age or over 70 years of age; nor shall it be applied to pregnant women.

6. Every person condemned to death shall have the right to apply for amnesty, pardon, or commutation of sentence, which may be granted in all cases. Capital punishment shall not be imposed while such a petition is pending decision by the competent authority.

7. Every person has the right to a dignified existence⁵⁹. This right includes the access to goods and services such as drinkable water, food, healthcare, and education⁶⁰.

Article 4B. Right to Free Basic Education

“States have the duty to guarantee accessibility and sustainability to free basic education. Particularly when it comes to satisfying the right to basic education in the heart of indigenous communities, the State must provide this right from an ethno-educational perspective. This means taking positive measures to make the education culturally acceptable from the perspective of a unique ethnicity”⁶¹.

⁵² *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 264). As we said in the introduction, this interpretation is in conflict with the aforementioned interpretation of *Villagrán-Morales*.

⁵³ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 264).

⁵⁴ *Gómez-Paquiyaqui Brothers v. Perú* (2004c, ¶ 129).

⁵⁵ *Cruz-Sánchez et al. v. Perú*, (2015a, ¶ 273).

⁵⁶ *Boyce et al. v. Barbados* (2007a, ¶ 113).

⁵⁷ *Boyce et al. v. Barbados* (2007a, ¶ 50).

⁵⁸ *Boyce et al. v. Barbados* (2007a, ¶¶ 51, 60).

⁵⁹ *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala (Street Children)* (1999, ¶ 144).

⁶⁰ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶¶ 194-213).

⁶¹ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 211).

Article 5. Right to Humane Treatment and Medical Care

1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. This right may be violated as a result of the breach of other rights declared in this Convention⁶²; for instance, forced disappearances will be considered to violate the right to a humane treatment⁶³.

1B. “Everyone shall have the right to health, understood to mean the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being”⁶⁴. “The absence of adequate medical care can lead to the violation of art. 5.1 of The Convention. [...] [T]he protection of the right to personal integrity supposes the regulation of the health care services in the domestic sphere, as well as the implementation of a series of mechanisms designed to ensure the effectiveness of this regulation”⁶⁵.

1C. States must “regulat[e] and supervis[e] at all times the rendering of services and the implementation of the national programs regarding the performance of public quality health care services so that they may deter any threat to the right to life and the physical integrity of the individuals undergoing medical treatment”⁶⁶.

2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. This provision shall be interpreted according to international standards⁶⁷. Among others, corporal punishment⁶⁸ and radically disproportionate punishments⁶⁹ are forbidden. **All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person.** This will include the existence of adequate prison conditions, in accordance with paragraph 6B⁷⁰.

2B. The elements of torture are the following:

- a. an intentional act⁷¹,
- b. which causes severe physical or mental suffering; and⁷²
- c. committed with a given purpose or aim⁷³.

2C. Threats and real danger of submitting a person to physical injuries may be considered by the Court as a kind of psychological torture⁷⁴. Placing a person under the custody of Government officials who practice torture and murder, or private individuals who do this with the state’s tolerance or consent, shall be considered a violation of the state’s duty to prevent violations to the right to physical integrity, even if no actual violation is proved⁷⁵.

⁶² *Bueno-Alves v. Argentina* (2007b, ¶ 95).

⁶³ *Ticona-Estrada et al. v. Bolivia* (2008c, ¶ 58).

⁶⁴ *Duque v. Colombia* (2016a, ¶¶ 172-174).

⁶⁵ *Suárez-Peralta v. Ecuador* (2013d, ¶ 130).

⁶⁶ *Ximenes-Lopes v. Brazil* (2006j, ¶ 99).

⁶⁷ *Fleury (Lysias) et al. v. Haiti* (2011c, ¶¶ 85, 87).

⁶⁸ *Caesar v. Trinidad and Tobago* (2005a, ¶ 70).

⁶⁹ *Mendoza et al. v. Argentina* (2013c, ¶ 174).

⁷⁰ *Miguel Castro-Castro Prison v. Perú (The)* (2006g, ¶ 315).

⁷¹ *Bueno-Alves v. Argentina* (2007b, ¶ 79).

⁷² *Bueno-Alves v. Argentina* (2007b, ¶ 79).

⁷³ *Bueno-Alves v. Argentina* (2007b, ¶ 79).

⁷⁴ *Miguel Castro-Castro Prison v. Perú (The)* (2006g, ¶ 272).

⁷⁵ *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (1988, ¶ 175).

2D. If States Parties authorities receive an accusation or have well founded reasons to believe that there has been an act of torture committed within their jurisdiction, they will be obliged to proceed properly and immediately to conduct an investigation into the case and to initiate, whenever appropriate, the corresponding criminal process⁷⁶. This obligation shall not cease if the relevant act of torture cannot be subject to a rule of statute of limitations⁷⁷.

3. Punishment shall not be extended to any person other than the criminal.

4. Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons, and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons.

5. Minors while subject to criminal proceedings shall be separated from adults and brought before specialized tribunals, as speedily as possible, so that they may be treated in accordance with their status as minors. Minors cannot be subject to life imprisonment⁷⁸.

6. Punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners or the retribution or deterrence of gross human rights violations⁷⁹. Solitary confinement and detention *incommunicado* are prohibited as disciplinary methods⁸⁰.

6B. The “detention in overcrowded conditions, with lack of ventilation and natural light, without a bed to rest on, or adequate hygiene conditions, in isolation or solitary confinement, or with undue restrictions on visits constitutes a violation of personal integrity”⁸¹. “[T]he State has the obligation to provide regular medical examinations and care to prisoners, and also adequate treatment when this is required. The State must also allow and facilitate prisoners being treated by the physician chosen by themselves or by those who exercise their legal representation or guardianship”⁸².

6C. The use of force by security officials “must respect criteria of legitimate reasons, need, appropriateness and proportionality”⁸³. The assessment regarding the use of force must take into account all the circumstances and the context of the facts⁸⁴.

Article 5B. Rights of persons with disabilities

1. “States have the obligation to promote the inclusion of persons with disabilities through equality of conditions, opportunities and participation in all spheres of society [...]. Consequently, it is necessary for States to promote social inclusion practices and adopt affirmative measures to remove [barriers that may affect people with disabilities]”⁸⁵.

2. “[D]isability is not defined exclusively by the presence of a physical, mental, intellectual or sensorial impairment, but that it is interrelated to the barriers or limitations that

⁷⁶ *Miguel Castro-Castro Prison v. Perú (The)* (2006g, ¶ 345).

⁷⁷ *García-Lucero et al. v. Chile* (2013a, ¶¶ 462-470, in conjunction with ¶ 160).

⁷⁸ *Mendoza et al. v. Argentina* (2013c, ¶¶ 166, 175, 183).

⁷⁹ *Rodríguez-Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia* (2014b, ¶¶ 462-470).

⁸⁰ *Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay* (2004e, ¶ 167).

⁸¹ *Fleury (Lysias) et al. v. Haiti*, (2011c, ¶ 85).

⁸² *De la Cruz-Flores v. Perú* (2004b, ¶ 132).

⁸³ *Fleury (Lysias) et al. v. Haiti* (2011c, ¶ 74).

⁸⁴ *Cruz-Sánchez et al. v. Perú* (2015a, ¶ 266). Only in Spanish.

⁸⁵ *Furlan and Family v. Argentina* (2012c, ¶ 134).

exist in society for the individual to be able to exercise his rights effectively. The types of limits or barriers that are commonly encountered in society by individuals with functional diversity include those that are attitudinal or socio-economic”⁸⁶.

3. People with infertility shall be considered persons with disabilities, and are, therefore, protected by this article⁸⁷.

Article 6. Freedom from Slavery

1. No one shall be subject to slavery or to involuntary servitude, which are prohibited in all their forms, as are the slave trade and traffic in women is human trafficking⁸⁸.

2. No one shall be required to perform forced or compulsory labor. This provision shall not be interpreted to mean that, in those countries in which the penalty established for certain crimes is deprivation of liberty at forced labor, the carrying out of such a sentence imposed by a competent court is prohibited. Forced labor shall not adversely affect the dignity or the physical or intellectual capacity of the prisoner.

2B. For the purposes of this article:

a. “[T]he two main elements that define a situation as slavery are: i) the state or condition of the individual, and ii) the exercise of one of the attributes of the right to property, that is, that the slaveholder exercises his power or control over the person that is enslaved, to the point of annulling the victim’s personhood”⁸⁹.

b. Servitude shall be understood as “the obligation to perform certain services for others, imposed by the use of coercion, and the obligation to live on another person’s property and the impossibility of altering this condition”⁹⁰.

c. Human trafficking means the “recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons [,] by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person. For people under 18 years, these means are not a necessary condition for the existence of trafficking [,] for the purpose of [any form of] exploitation”⁹¹.

d. Forced or compulsory labor shall be understood as “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”⁹².

⁸⁶ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 291).

⁸⁷ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 293).

⁸⁸ *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Case of the)* (2016c, ¶ 289). Only in Spanish.

⁸⁹ *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Case of the)* (2016c, ¶ 269).

⁹⁰ *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Case of the)* (2016c, ¶ 280). For this translation I used the wording of a European Court of Human Rights judgment that was quoted by the Inter-American Court.

⁹¹ *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Case of the)* (2016c, ¶ 290). For this translation I used the wording of the Protocol of Palermo.

⁹² *Ituango Massacres v. Colombia* (2006d, ¶¶ 156-160).

3. For the purposes of this article, the following do not constitute forced or compulsory labor:

- a. work or service normally required of a person imprisoned in execution of a sentence or formal decision passed by the competent judicial authority. Such work or service shall be carried out under the supervision and control of public authorities, and any persons performing such work or service shall not be placed at the disposal of any private party, company, or juridical person;**
- b. military service and, in countries in which conscientious objectors are recognized, national service that the law may provide for in lieu of military service;**
- c. service exacted in time of danger or calamity that threatens the existence or the well-being of the community; or**
- d. work or service that forms part of normal civic obligations.**

Article 7. Right to Personal Liberty and Self Determination

1. Every person has the right to personal liberty and security. The concept of liberty shall be interpreted in broad terms, as “the ability to do and not do all that is lawfully permitted”⁹³. Every person may “self-determinat[e] and [...] choose freely the options and circumstances that give meaning to [his] life, according to [his] own choices and beliefs”⁹⁴.

2. No one shall be deprived of his physical liberty except for the reasons and under the conditions established beforehand by the constitution of the State Party concerned or by a law established pursuant thereto. The state may exercise its punitive power “only to the extent that is strictly necessary in order to protect fundamental legal rights from serious attacks [that] may impair or endanger them”, in accordance with the principle of *ultima ratio*⁹⁵.

2B. A law depriving or restricting liberty must fulfill the following requirements:

“[a.] that the purpose of the measures that deprive or restrict liberty is compatible with the Convention;

“[b.] that the measures adopted are appropriate to achieve the sought-after purpose;

“[c.] that they are necessary, [...] absolutely essential to achieve the purpose sought and that, among all possible measures, there is no less burdensome one in relation to the right involved, that would be as suitable to achieve the proposed objective. [...];

“[d.] and, that the measures are strictly proportionate, so that the sacrifice inherent in the restriction of the right to liberty is not exaggerated or excessive compared to the advantages obtained from this restriction and the achievement of the purpose sought”⁹⁶.

⁹³ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 142).

⁹⁴ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 142).

⁹⁵ *Kimel v. Argentina* (2008a, ¶ 76).

⁹⁶ *Vélez-Loor v. Panama*, (2010c, ¶ 166).

3. No one shall be subject to arbitrary arrest or imprisonment. This means that the state may not arrest or imprison somebody claiming motives or using means that — although classified as legal— are incompatible with an individual’s fundamental rights⁹⁷. This incompatibility may arise in diverse situations, such as when these motives or means are unreasonable, unpredictable or disproportionate⁹⁸.

3B. Measures such as remand in custody can only be applied when there is “sufficient evidence to allow reasonable supposition that the person committed to trial has taken part in the criminal offense under investigation”⁹⁹. Nevertheless, “even in these circumstances, the deprivation of liberty of the accused cannot be based on general preventive or special preventive purposes”¹⁰⁰, but only as a way of ensuring “that the accused does not prevent the proceedings from being conducted or elude the system of justice”¹⁰¹. “Liberty is always the rule and the limitation or restriction always the exception”¹⁰².

3C. Open-ended reasons for pre-trial detention, such as being a “danger to the security of society”, are not sufficient. Judges must also “verify whether, in the specific case, the reference to these grounds [are] accompanied by a factor or criterion that could be considered to seek a precautionary objective and that would justify the measure, in the specific case”¹⁰³.

3D. Preventive detention shall be limited by the principle of proportionality, which implies the right not to be treated equally or worse than a convicted person. Hence, the state must not impose preventive detention in cases where it is not possible to sentence the offender to imprisonment. In addition, detention shall cease when it has exceeded a reasonable time, particularly in light of the purpose sought with such a detention¹⁰⁴.

4. Anyone who is detained shall be informed of the reasons for his detention and shall be promptly notified of the charge or charges against him.

4B. If the affected person “cannot defend himself or herself or appoint a private counsel”, “legal aid must be provided by a legal professional in order to satisfy the requirements of a procedural representation”¹⁰⁵.

5. Any person detained, regardless of the reason of his detention or the authority who carried out this act¹⁰⁶, shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to be released without prejudice to the continuation of the proceedings. His release may be subject to guarantees to assure his appearance for trial.

5B. A forced disappearance is “an autonomous and continuous or permanent crime”, and shall be considered to continue “in time until the fate and whereabouts of the alleged victim [are] known”¹⁰⁷. The state’s duty to investigate and punish will only be considered

⁹⁷ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 165).

⁹⁸ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 165).

⁹⁹ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 111).

¹⁰⁰ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 111).

¹⁰¹ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 111).

¹⁰² *Chaparro-Álvarez and Lapo-Íñiguez v. Ecuador* (2007c, ¶ 53).

¹⁰³ *Norín-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶¶ 321-324, 337).

¹⁰⁴ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 123).

¹⁰⁵ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶¶ 132-133).

¹⁰⁶ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 107).

¹⁰⁷ *Ticona-Estrada et al. v. Bolivia* (2008c, ¶ 56).

accomplished “if all the circumstances relating to the violation are clarified”¹⁰⁸.

6. Anyone who is deprived of his liberty shall be entitled to recourse to a competent court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his arrest or detention and order his release if the arrest or detention is unlawful. In States Parties whose laws provide that anyone who believes himself to be threatened with deprivation of his liberty is entitled to recourse to a competent court in order that it may decide on the lawfulness of such threat, this remedy may not be restricted or abolished. The interested party or another person in his behalf is entitled to seek these remedies. This right cannot be suspended in time of war, public danger, or other emergency¹⁰⁹.

6B. If a foreign national is detained, he shall have the right to consular assistance, according to Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations¹¹⁰. This duty requires, “[f]rom the point of view of the rights of a detained person”¹¹¹:

- a. “the right to be informed of his rights under the Vienna Convention”¹¹²,
- b. “the right to have effective access to communication with the consular official; and”¹¹³;
- c. “the right to the assistance itself”¹¹⁴, within a procedure that allows the implementation of “consular assistance as part of due process of law”¹¹⁵.

6C. “[W]hen interpreting and applying their domestic laws [in relation to imprisonment or pre-trial detention], [states] must take into consideration the inherent characteristics that differentiate members of the indigenous peoples from the general population and that constitute their cultural identity”¹¹⁶.

7. No one shall be detained for debt. This principle shall not limit the orders of a competent judicial authority issued for nonfulfillment of duties of support.

Article 8. Right to a Fair Trial¹¹⁷

1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature. Domestic bodies, including some administrative bodies, must give

¹⁰⁸ *Ticona-Estrada et al. v. Bolivia* (2008c, ¶ 80).

¹⁰⁹ Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-8/87 (1987, ¶ 44).

¹¹⁰ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. Advisory Opinion OC-16/99 (1999, ¶¶ 84, 124).

¹¹¹ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 153).

¹¹² *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 153).

¹¹³ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 153).

¹¹⁴ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 153).

¹¹⁵ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 159).

¹¹⁶ *Norin-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶ 357).

¹¹⁷ The Spanish text of the Convention is *Garantías Judiciales* (“Judicial Guarantees”).

reasons when issuing decisions¹¹⁸. If they fail to do so, their decision will be deemed arbitrary¹¹⁹. Nevertheless, judicial subjective impartiality is presumed¹²⁰. This paragraph is also applicable to administrative, labor, and other procedures¹²¹.

1B. “[T]he following assurances arise from judicial independence: an appropriate selection process, guaranteed tenure and the guarantee against external pressures”¹²². “[J]udges must be selected exclusively based on their personal merits and professional qualifications, through objective selection and continuance mechanisms that take into account the peculiarity and specific nature of the duties to be fulfilled”¹²³. Anyone who is brought before a court must have the chance to request the revision of this court’s impartiality¹²⁴.

1C. “[T]he protection of judicial independence requires that the dismissal of judges be considered as the *ultima ratio*”¹²⁵. “[W]hen a judge’s tenure is affected in an arbitrary manner, the right to judicial independence [...] is violated”¹²⁶. The fundamental “guaranty of the stability and tenure of judges requires that:

“[a.] the termination of their contract is based exclusively on established grounds [...];

“[b.] judges can only be dismissed because of serious breaches of their duties or incompetence [, and]

“[c.] any disciplinary action of judges must be resolved according to the rules of judicial behavior established in fair proceedings that guarantee objectivity and impartiality according to the Constitution or the law”¹²⁷.

1D. In order to determine whether a domestic court issues a decision within a reasonable time, the Inter-American Court shall take into consideration the following facts:

“[a.] the complexity of the matter,

“[b.] the procedural activity of the interested party,

“[c.] the conduct of judicial authorities, and

“[d.] the impairment to the legal situation of the person involved in the proceedings”¹²⁸.

1E. The appropriateness of the aforementioned criteria will depend on the circumstances of the case, because “the State’s duty to wholly serve the purposes of justice prevails over the guarantee of reasonable time”¹²⁹. The Inter-American Court may not only assess whether proceedings as a whole lasted a reasonable time, but also if specific stages of the proceedings did so¹³⁰.

¹¹⁸ *Maldonado-Ordoñez v. Guatemala* (2016, ¶ 87).

¹¹⁹ *Chocrón-Chocrón v. Venezuela* (2011a, ¶ 118).

¹²⁰ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 98).

¹²¹ *Chocrón-Chocrón v. Venezuela* (2011a, ¶ 115).

¹²² *López-Lone et al. v. Honduras* (2015c, ¶ 191).

¹²³ *Reverón-Trujillo v. Venezuela* (2009f, ¶ 72).

¹²⁴ *López Lone et al. v. Honduras* (2015c, ¶¶ 226-228).

¹²⁵ *López Lone et al. v. Honduras* (2015c, ¶¶ 259).

¹²⁶ *Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador (Case of the)* (2013e, ¶ 155).

¹²⁷ *López-Lone et al. v. Honduras* (2015c, ¶ 200).

¹²⁸ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 112).

¹²⁹ *La Cantuta v. Perú* (2006e, ¶ 149).

¹³⁰ *Tarazona-Arrieta et al. v. Perú* (2014c, ¶ 100).

1F. Military criminal courts may only “judge members of the armed forces when they commit crimes or misdemeanors that, owing to their nature, affect rights and duties inherent to the military system”¹³¹. In “situations that violate the human rights of civilians, the military jurisdiction cannot operate under any circumstance”¹³².

2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:

a. the right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;

b. prior notification in detail to the accused of the charges against him, including “the reasons for them, and the evidence for such charges, and the legal definition of the facts”¹³³. “[I]t is necessary for said notification to take place before the accused renders his first statement before any public authority”¹³⁴;

c. adequate time and means for the preparation of his defense, including the right to have access to the records of the case, and the right to intervene in the analysis of evidence¹³⁵;

d. the right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel;

e. the inalienable right to be assisted by counsel provided by the state, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law. The State Party must provide for unpaid state legal counsel if the accused person is indigent¹³⁶, or may be subject to deportation, expulsion or deprivation of freedom¹³⁷;

f. the right of the defense to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts. The use of anonymous witnesses may only be “adopted subject to judicial control, based on the principles of necessity and proportionality, taking into account that this is an exceptional measure and verifying the existence of a situation of risk for the witness”¹³⁸;

g. the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and

¹³¹ *Rochela Massacre v. Colombia (The)* (2007e, ¶ 200).

¹³² *Radilla-Pacheco v. Mexico* (2009f, ¶ 274).

¹³³ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 28).

¹³⁴ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 30).

¹³⁵ *Palamara-Iribarne v. Chile* (2005d, ¶ 170).

¹³⁶ Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies (Arts. 46(1), 46(2)(a) and 46(2)(b) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-11/90 (1990, ¶¶ 25-26).

¹³⁷ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶¶ 145-146 especially; but also ¶¶ 132, 133, 137).

¹³⁸ *Norin-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶ 242).

h. the right to appeal the judgment to a higher court. The higher court must be entitled to address both the facts and the law of the case¹³⁹. In particular, the appeal “must be an ordinary, accessible and effective remedy that permits a comprehensive review or examination of the appealed ruling, that is available to anyone who has been convicted, and that observes basic procedural guarantees”¹⁴⁰. The fact of being tried by the highest court of a state shall not be considered an excuse for the application of this right¹⁴¹.

2B. As far as possible, the aforementioned guarantees will be applicable to proceedings of “a civil, labor, fiscal or any other nature”¹⁴².

3. A confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind. Any other statement obtained under duress shall be deemed inadmissible¹⁴³.

4. An accused person acquitted by a nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause. This rule is subject to the following caveat: “if there appear new facts or evidence that make it possible to ascertain the identity of those responsible for human rights violations or for crimes against humanity, investigations can be reopened, even if the case ended in an acquittal with the authority of a final judgment”¹⁴⁴. In particular, this right shall be subject to exceptions when:

“[a.] the intervention of the court that heard the case and decided to dismiss it or to acquit a person responsible for violating human rights or international law, was intended to shield the accused party from criminal responsibility;

“[b.] the proceedings were not conducted independently or impartially in accordance with due procedural guarantees, or

“[c.] there was no real intent to bring those responsible to justice”¹⁴⁵.

5. Criminal proceedings shall be public, except insofar as may be necessary to protect the interests of justice.

Article 9. Freedom from Ex Post Facto Laws¹⁴⁶

1. No one shall be convicted of any act or omission that did not constitute a criminal or administrative¹⁴⁷ offense, under the applicable law, or that was not clearly and unambiguous defined¹⁴⁸, at the time it was committed. A heavier penalty shall not be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offense was committed. If subsequent to the commission of the offense the law provides for the imposition of a

¹³⁹ *Herrera-Ulloa v. Costa Rica* (2004d, ¶¶ 157-159).

¹⁴⁰ *Norín-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶ 270).

¹⁴¹ *Barreto-Leiva v. Venezuela* (2009b, ¶ 90).

¹⁴² *Maldonado-Ordoñez v. Guatemala* (2016, ¶ 74).

¹⁴³ *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico* (2010a, ¶¶ 165-166).

¹⁴⁴ *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (2006b, ¶ 154).

¹⁴⁵ *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (2006b, ¶ 154).

¹⁴⁶ In the Spanish text of the Convention the heading of this provision is “Principio de Legalidad y de Retroactividad” (“Principle of Legality and of Retroactivity”). It is interesting to note that this heading in Spanish should have referred to the principle of “non-retroactivity” (*Irretroactividad, no retroactividad*).

¹⁴⁷ *Baena et al. v. Panama* (2001a, ¶¶ 106, 107, 115).

¹⁴⁸ *Usón-Ramírez v. Venezuela* (2009g, ¶ 57).

lighter punishment, the guilty person shall benefit therefrom, unless this contradicts “the principle of proportionality of punishment”¹⁴⁹.

2. The aforementioned rule shall not be applicable to serious violations of human rights *of a permanent nature*¹⁵⁰, where the application of new laws does not imply retroactive application¹⁵¹.

Article 10. Right to Compensation

Every person has the right to be compensated in accordance with the law in the event he has been sentenced by a final judgment through a miscarriage of justice.

Article 11. Right to Privacy¹⁵²

1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.

2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.

3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. This protection shall not be granted via prior restraint¹⁵³, but may include criminal sanctions imposed by the judiciary¹⁵⁴.

3B. The right to privacy allows having a “different threshold of protection” in relation to the honor of public personalities¹⁵⁵, especially if they are democratically elected¹⁵⁶.

3C. Telephone tapping is only admissible if performed according to laws that are clear and detailed¹⁵⁷.

4. Privacy “includes, among other protected realms, the sex life and the right to establish and develop relationships with other human beings. Thus, privacy includes the way in which the individual views himself and to what extent and how he decides to project this view to others”¹⁵⁸. “[E]very person has the right to organize, in keeping with the law, [his] individual and social life according to [his] own choices and beliefs”¹⁵⁹. “The protection of private life encompasses a series of factors associated with the dignity of the individual, including, for example, the ability to develop his or her own personality and aspirations, to determine his or her own identity and to define his or her own personal relationships”¹⁶⁰.

¹⁴⁹ *Rochela Massacre v. Colombia (The)* (2007e, ¶ 196).

¹⁵⁰ I.e., that “its consummation is prolonged in time”. *Tiu-Tojín v. Guatemala* (2008d, ¶ 87).

¹⁵¹ *Tiu-Tojín v. Guatemala* (2008d, ¶ 87).

¹⁵² The Spanish version of the ACHR entitles this right as “Protection of Honour and Dignity” (*Protección de la Honra y de la Dignidad*). The French and Portuguese versions have wordings similar to their Spanish counterpart: *Protection de l’Honneur et de la Dignité de la Personne* and *Proteção da Honra e da Dignidade*.

¹⁵³ *Olmedo-Bustos et al. v. Chile* (2001c, ¶ 71).

¹⁵⁴ *Mémoli v. Argentina* (2013b, ¶¶ 138 & 139). Some consider that this interpretation is in conflict with the *Kimel v. Argentina* (2008a) reading of Article 12.

¹⁵⁵ *Kimel v. Argentina* (2008a, ¶ 86).

¹⁵⁶ *Fontevècheia and D’Amico v. Argentina* (2011d, ¶ 59).

¹⁵⁷ *Escher et al. v. Brazil* (2009c, ¶ 131).

¹⁵⁸ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 162).

¹⁵⁹ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 142).

¹⁶⁰ *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 143).

5. “[T]he State has an obligation to guarantee the right to privacy through positive actions”¹⁶¹.

6. The right to private life protects people from the undesired publication of their images or pictures¹⁶², but not all publication of images will require the consent of the person who is portrayed¹⁶³.

Article 12. Freedom of Conscience and Religion

1. Everyone has the right to freedom of conscience and of religion. This right includes freedom to maintain or to change one’s religion or beliefs, and freedom to profess or disseminate one’s religion or beliefs, either individually or together with others, in public or in private.

2. No one shall be subject to restrictions that might impair his freedom to maintain or to change his religion or beliefs.

3. Freedom to manifest one’s religion and beliefs may be subject only to the limitations prescribed by law that are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the rights or freedoms of others.

4. Parents or guardians, as the case may be, have the right to provide for the religious and moral education of their children or wards that is in accord with their own convictions. This provision shall not prevent the state from educating in issues of human rights in accordance with the Court’s reparation orders that seek to overcoming stereotypes¹⁶⁴.

Article 13. Freedom of Thought and Expression

1. Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, in any language¹⁶⁵, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one’s choice. In exercising this right, “journalists have an obligation to verify, reasonably although not necessarily exhaustively, the facts on which they base their opinions”¹⁶⁶.

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure¹⁶⁷:

a. respect for the rights or reputations of others; or

b. the protection of national security, public order, or public health or morals.

¹⁶¹ *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina* (2011d, ¶ 49).

¹⁶² *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina* (2011d, ¶ 67).

¹⁶³ *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina* (2011d, ¶ 70).

¹⁶⁴ *González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico* (2009d, ¶¶ 541, 543). Particularly in relation to *González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico*, Monitoring Compliance with Judgment (2013, footnote 39).

¹⁶⁵ *López-Álvarez v. Honduras* (2006f, ¶¶ 160-161, 169, 173).

¹⁶⁶ *Mémoli v. Argentina* (2013b, ¶ 122).

¹⁶⁷ “The English text of this provision constitutes an erroneous translation of the original Spanish text. The here relevant phrase should read ‘and be necessary to ensure...’”. Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 (1985, footnote to ¶ 29).

2B. The aforementioned limitations can be imposed only insofar as they are necessary in a democratic society¹⁶⁸. Thus, if there are various ways of achieving this objective, the State Party must choose the one that least restricts freedom of thought and expression¹⁶⁹. The foregoing does not preclude the state's power to impose criminal sanctions regarding abuses of this right, as long as they are absolutely necessary, and the principle of legality is complied with¹⁷⁰.

2C. There is a presumption that all information possessed by the state is public¹⁷¹. Hence, the States Parties have the obligation to provide state-held information, unless, "for any reason permitted by the Convention, the State is allowed to restrict access to the information in a specific case"¹⁷². These cases must be established by law¹⁷³, and the State Party must give grounds for its refusal to provide the information¹⁷⁴.

3. The right of expression may not be restricted by indirect methods or means, such as the abuse of government or private controls over newsprint, radio broadcasting frequencies, or equipment used in the dissemination of information, the request of mandatory licensing of journalists before they can have full use of the news media¹⁷⁵, or by any other means tending to impede the communication and circulation of ideas and opinions.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 above, public entertainments may be subject by law to prior censorship for the sole purpose of regulating access to them for the moral protection of childhood and adolescence.

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

Article 14. Right of Reply

1. Anyone injured by inaccurate or offensive statements or ideas¹⁷⁶ disseminated to the public in general by a legally regulated medium of communication has the right to reply or to make a correction using the same communications outlet, under such conditions as the law may establish. The States Parties shall make this right enforceable according to their domestic law¹⁷⁷.

¹⁶⁸ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 91).

¹⁶⁹ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 91).

¹⁷⁰ *Kimel v. Argentina* (2008a, ¶ 78).

¹⁷¹ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 92).

¹⁷² *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 77).

¹⁷³ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 89).

¹⁷⁴ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 77).

¹⁷⁵ Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 (1985, ¶ 85).

¹⁷⁶ "The word 'ideas' does not appear in the Spanish, Portuguese or French texts of this provision, which refer to 'informaciones inexactas o agraviantes,' 'informações inexatas ou ofensivas' and to 'données inexactes ou des imputations diffamatoires' "[.] Enforceability of the Right to Reply or Correction (Arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-7/86 (1986, footnote to ¶ 20).

¹⁷⁷ Enforceability of the Right to Reply or Correction (Arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-7/86 (1986, ¶ 35).

2. The correction or reply shall not in any case remit other legal liabilities that may have been incurred.

3. For the effective protection of honor and reputation, every publisher, and every newspaper, motion picture, radio, and television company, shall have a person responsible who is not protected by immunities or special privileges.

Article 15. Right of Assembly

The right of peaceful assembly, without arms, is recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others. “This right includes private meetings and also meetings in public places, whether they are static or involve movement”¹⁷⁸.

Article 16. Freedom of Association

1. Everyone has the right to associate freely for ideological, religious, political, economic, labor, social, cultural, sports, or other purposes, “without pressure or interference that may alter or impair the nature of such purpose”¹⁷⁹. The state is obliged “to prevent attacks on [this freedom of association], to protect those who exercise it, and to investigate violations restricting such freedom. These positive obligations must be enforced, even in the sphere of relations between individuals, if necessary”¹⁸⁰.

2. The exercise of this right shall be subject only to such restrictions established by law as may be necessary in a democratic society, in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights and freedoms of others.

3. The provisions of this article do not bar the imposition of legal restrictions, including even deprivation of the exercise of the right of association, on members of the armed forces and the police.

Article 17. Rights of the Family

1. The family, in any of its forms or models¹⁸¹, is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state.

1B. Homosexual couples that live together also constitute family units, regardless of the time they have been living together¹⁸². The State Party shall protect them according to the preceding paragraph and to Article 11(2)¹⁸³.

2. The right of men and women of marriageable age to marry and to raise a family shall be recognized, if they meet the conditions required by domestic laws, insofar as such conditions do not affect the principle of nondiscrimination established in this Convention.

¹⁷⁸ *López-Lone et al. v Honduras* (2015c, ¶ 167).

¹⁷⁹ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 143).

¹⁸⁰ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 144). Quotation marks are omitted.

¹⁸¹ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶¶ 142, 145).

¹⁸² *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 177).

¹⁸³ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 177).

3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. The States Parties shall take appropriate steps to ensure the equality of rights and the adequate balancing of responsibilities of the spouses as to marriage, during marriage, and in the event of its dissolution. In case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children solely on the basis of their own best interests. “[T]he determination of the child’s best interest in cases involving the care and custody of minors must be based on an assessment of specific parental behaviors and their negative impact on the well-being and development of the child, or of any real and proven damage or risks to the child’s well-being and not those that are speculative or imaginary”¹⁸⁴.

5. The law shall recognize equal rights for children born out of wedlock and those born in wedlock.

6. States Parties “have the obligation to adopt the most appropriate measures to facilitate and to implement contact between the individuals deprived of liberty and their families”¹⁸⁵.

Article 18. Right to a Name

Every person has the right to a given name and to the surnames of his parents or that of one of them. The law shall regulate the manner in which this right shall be ensured for all, by the use of assumed names if necessary.

Article 19. Rights of the Child

1. Every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state. These measures shall also be granted to pregnant women¹⁸⁶.

2. Children also have a right to identity¹⁸⁷, which is “the collection of attributes and characteristics that allow for the individualization of the person in a society”¹⁸⁸. This right “encompasses the right to nationality, to a name, [...] to family relationships”, and “a number of other rights according to the subject it treats and the circumstances of the case”¹⁸⁹.

3. The rights recognized in this Convention shall be applied to children in light of the Convention on the Rights of the Child, “which comprise[s] the *corpus juris* of the rights of the child”¹⁹⁰.

4. Children cannot be discriminated against based on the conditions of their parents¹⁹¹.

¹⁸⁴ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 109).

¹⁸⁵ *Norín-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014a, ¶ 407).

¹⁸⁶ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (The)* (2006i, ¶ 177).

¹⁸⁷ *Gelman v. Uruguay* (2011e, ¶¶ 121-122).

¹⁸⁸ *Gelman v. Uruguay* (2011e, ¶ 122).

¹⁸⁹ *Gelman v. Uruguay* (2011e, ¶ 122).

¹⁹⁰ *Contreras et al. v. El Salvador* (2011b, ¶ 107).

¹⁹¹ *Atala-Riffo and Daughters v. Chile* (2012b, ¶ 151).

Article 20. Right to Nationality

1. Every person has the right to a nationality. States' authority to determine who their nationals are, is limited "by their obligation to provide individuals with the equal and effective protection of the law and [...] by their obligation to prevent, avoid and reduce statelessness"¹⁹². This provision does not limit the states' power to make conditions for naturalization more restrictive¹⁹³.

2. Every person has the right to the nationality of the state in whose territory he was born if he does not have the right to any other nationality.

3. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or of the right to change it.

Article 21. Right to Private and Collective Property¹⁹⁴

1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. Thus, the State Party may restrict this right, as long as the restrictions are:

- a. previously established by law;
- b. necessary;
- c. proportional, and
- d. with the aim of achieving a legitimate objective in a democratic society¹⁹⁵.

1B. Property shall be understood to include "material objects which are susceptible of being possessed, as well as any rights which may be part of a person's assets. Such concept includes all movables and immovables, and all tangible and intangible assets, as well as any other property susceptible of having value"¹⁹⁶.

2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. "[I]n order for the just compensation to be adequate, the trade value of the property prior to the declaration of public utility must be taken into account and also, the fair balance between the general interest and the individual interest"¹⁹⁷.

3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.

4. States parties shall protect "the close relationship that the indigenous peoples have with their lands, as well as with the natural resources within those lands, and the incorporeal elements that are derived from them"¹⁹⁸. The following rules apply to communal property on indigenous lands, and to tribal communities with a special relationship to land, even if they are not indigenous¹⁹⁹:

¹⁹² *Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (2005b, ¶ 140).

¹⁹³ Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 (1984, ¶ 36).

¹⁹⁴ The heading of this Article in the other official languages of the ACHR translates as "Right to Private Property".

¹⁹⁵ *Saramaka People v. Suriname (The)* (2007f, ¶ 127).

¹⁹⁶ *Palamara-Iribarne v. Chile* (2005d, ¶ 102).

¹⁹⁷ *Salvador-Chiriboga v. Ecuador* (2008b, ¶ 98).

¹⁹⁸ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 129).

¹⁹⁹ *Saramaka People v. Suriname (The)* (2007f, ¶¶ 85-86).

- a. “the indigenous’ traditional possession of their lands has the same effect as a full land title granted by the State”²⁰⁰;
- b. “traditional possession grants the indigenous the right to demand official recognition of their property and its registration”²⁰¹;
- c. “the State must delimit, demarcate, and grant collective title of the lands to members of the indigenous communities”²⁰². The delimitation and demarcation must be done in consultation with such people and other neighboring peoples²⁰³;
- d. “the members of the indigenous peoples who have involuntarily lost possession of their lands maintain a right to their land, even without legal title, except when the land has been legitimately transferred to an innocent third party in good faith”²⁰⁴. In the latter case, the members of the indigenous peoples “ha[ve] the right to recover [their land] or to obtain other lands of the same size and quality”²⁰⁵. Indigenous peoples retain their right to recover traditional lands as long as they maintain their unique relationship with it. If this relationship ceases to exist, so does their right²⁰⁶.
- e. The state, not the Court, has the task to decide whether the right to collective property should take precedence over the right to private property²⁰⁷. The State Party must assess “the legality, necessity, proportionality and attainment of a legitimate objective in a democratic society (public utility and social interest) [...] on a case-by-case basis”²⁰⁸. The state must also take into consideration “the special relationship that the indigenous peoples have with their lands”²⁰⁹.
- f. “[T]he State is obliged to provide for appropriate procedures in its national legal system to process the land claim proceedings of the indigenous peoples with an interest thereon”²¹⁰.
- g. The obligation to carry out special and differentiated consultations processes whenever interests of indigenous peoples and communities are to be affected; such processes must respect the specific consultation system of each people or community²¹¹.

5. The legitimate restriction to the rights of indigenous or tribal community property, including development plans, demands to:

- a. “[C]onduct an appropriate and participatory process that guarantees the right to consultation, particularly with regard to development plans or large-scale

²⁰⁰ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 109).

²⁰¹ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 109).

²⁰² *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 109).

²⁰³ *Saramaka People v. Suriname (The)* (2007f, ¶ 115).

²⁰⁴ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 109).

²⁰⁵ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 131).

²⁰⁶ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010d, ¶ 112).

²⁰⁷ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 156).

²⁰⁸ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 155).

²⁰⁹ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 156).

²¹⁰ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (The)* (2006i, ¶ 109).

²¹¹ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶¶ 165-166).

investment”²¹². “This duty requires the State to both accept and disseminate information, and entails constant communication between the parties. These consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement”²¹³.

b. Conduct a “prior social and environmental impact assessment”²¹⁴, performed by “independent and technically-qualified entities, under the State’s supervision”²¹⁵ and

c. “[W]here applicable, reasonably share the benefits arising from the exploitation of natural resources [...], with the community itself determining and deciding who the beneficiaries of such compensation should be, according to its customs and traditions”²¹⁶.

6. Indigenous and tribal peoples have a “right [...] to the protection of the natural resources in their territories”²¹⁷.

Article 21B. Right to Cultural Identity

Indigenous and tribal peoples have a collective right to cultural identity²¹⁸. This right, in consistency with Article 1(1), is both a component and a means of interpretation of the human rights of indigenous peoples and communities²¹⁹.

Article 22. Freedom of Movement and Residence

1. Every person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law. No one shall be “forcibly displaced within a State Party”²²⁰.

2. Every person has the right to leave any country freely, including his own.

2B. “[T]he right to freedom of movement and residence can be violated by de facto restrictions if the State has not established the conditions or provided the appropriate means to exercise it”²²¹. Thus, this right “may be violated when an individual is the victim of threats or harassment and the State fails to provide the necessary guarantees to enable [him] to move about and reside freely in the territory in question, even when the threats and harassment are executed by non-state actors”²²².

3. The exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society to prevent crime or to protect national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others.

²¹² *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶ 157).

²¹³ *Saramaka People v. Suriname (The)* (2007f, ¶ 133).

²¹⁴ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 201).

²¹⁵ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 201).

²¹⁶ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶ 157).

²¹⁷ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 181).

²¹⁸ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶¶ 213-217).

²¹⁹ *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (2012d, ¶ 213, 217).

²²⁰ “*Mapiripán Massacre*” v. *Colombia* (2005c, ¶ 188).

²²¹ *Fleury (Lysias) et al. v. Haiti* (2011c, ¶ 93).

²²² *Cepeda-Vargas (Manuel) v. Colombia* (2010b, ¶ 197).

4. The exercise of the rights recognized in paragraph 1 may also be restricted by law in designated zones for reasons of public interest.

5. No one can be expelled from the territory of the state of which he is a national or be deprived of the right to enter it.

6. An alien lawfully²²³ in the territory of a State Party to this Convention may be expelled from it only pursuant to a decision reached in accordance with law.

6B. The process of expulsion of an alien must be individual and non-discriminatory, and within it, the migrant has the following guarantees:

“[a.] To be expressly and formally informed of the charges against [him] and of the reasons for the expulsion or deportation. This notification must include information about [his] rights, such as:

“[i.] The possibility of stating [his] case and contesting the charges against [him];

“[ii.] The possibility of requesting and receiving consular assistance, legal assistance and, if appropriate, translation or interpretation;

“[b.] In case of an unfavorable decision, the alien must be entitled to have [his] case reviewed by the competent authority and appear before this authority for that purpose, and

“[c.] The eventual expulsion may only take effect following a reasoned decision in keeping with the law that is duly notified”²²⁴.

7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes, or any other ground that gives him a refugee status according to the treaties ratified by the States Parties²²⁵. Every person who is granted refugee status in a State Party has the right to have his status recognized in other States Parties, according to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees²²⁶. The process for granting asylum must follow the guarantees established in the relevant international instruments²²⁷.

8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.

8B. In the case of migrant children, the following rules must be applied:

a. States Parties “are obliged to identify non-national children who require international protection within their jurisdictions, [...] in order to provide them with the necessary, suitable and individualized attention”²²⁸.

²²³ *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic* (2012e, ¶ 159).

²²⁴ *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic* (2012e, ¶ 175).

²²⁵ *Pacheco-Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia* (2013, ¶¶ 137-150).

²²⁶ *Pacheco-Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia* (2013, ¶ 150).

²²⁷ *Pacheco-Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia* (2013, ¶ 159).

²²⁸ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory

- b. States must collect any other information relevant for identifying the children's need of international protection²²⁹.
- c. If the state initiates administrative or judicial proceedings against migrant children, it must respect due process, taking also into consideration their peculiar needs as children²³⁰.
- d. States may not deprive children of their liberty because of their migrant condition²³¹, but should implement a set of non-custodial measures while immigration proceedings are being held²³².
- e. The places where children are accommodated or deprived of liberty must meet the relevant international principles on the matter²³³.
- f. "[A]ny decision on the return of a child to the country of origin or to a safe third country shall only be based on the requirements of [his] best interest"²³⁴.
- g. "When the protection of the rights of the child and the adoption of measures to achieve this protection is involved, the following four guiding principles of the Convention on the Rights of the Child should transversely inspire and be implemented [...]: the principle of non-discrimination, the principle of the best interest of the child, the principle of respect for the right to life, survival and development, and the principle of respect for the opinion of the child [...]"²³⁵. These principles must also guide the procedures for granting refugee status²³⁶.
- h. When a child "has a right to the nationality of the country from which one or both of [his] parents may be expelled, or the child complies with the legal conditions to reside there on a permanent basis, States may not expel one or both parents for administrative immigration offenses"²³⁷.

9. The collective expulsion of aliens is prohibited. "[T]he 'collective' nature of an expulsion involves a decision that does not make an objective analysis of the individual circumstances of each alien and, consequently, incurs in arbitrariness"²³⁸.

Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 3).

²²⁹ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 3).

²³⁰ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 4-5).

²³¹ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 6).

²³² Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 7).

²³³ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 8-9).

²³⁴ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ N° 10-11).

²³⁵ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, ¶ 69).

²³⁶ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, §§ 243-262 and Opinion ¶ N° 12).

²³⁷ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14 (2014, Opinion ¶ N° 13).

²³⁸ *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic* (2012e, ¶ 171).

10. If the detention of aliens is strictly necessary for immigration purposes, states must accommodate these migrants, as far as possible, in centers specifically designed for that purpose, “offering material conditions and a regime appropriate to their legal situation and staffed by suitably-qualified personnel”, avoiding the disintegration of family groups²³⁹.

11. States shall in no case use detention as a way of punishing aliens who, breaching a previous deportation order, irregularly reenter the aforementioned states’ territory²⁴⁰.

Article 23. Right to Participate in Government

1. Every citizen shall enjoy the following rights and opportunities:

a. to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives. “[T]he participation of the indigenous communities in the conservation of the environment is [...] part of the exercise of their right as indigenous peoples ‘to participate in decision-making in matters which would affect their rights, [...] in accordance with their own procedures and [...] institutions’”²⁴¹. “[T]he State must, for the effects of this [...], put in place mechanisms for the effective participation of the indigenous peoples using procedures that are culturally adapted to the decision-making of such peoples”²⁴²;

b. to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voters; and

c. to have access, under general conditions of equality, to the public service of his country, and to remain in this position under similar conditions of equality²⁴³. This right is also violated “when a judge’s tenure is affected in an arbitrary manner”²⁴⁴.

2. The law may regulate the exercise of the rights and opportunities referred to in the preceding paragraph only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing by a competent court in criminal proceedings. The requirement of belonging to political parties in order to be elected in periodic elections, or any other condition, is not allowed if it disproportionately affects a specific societal group’s participation in public affairs, because of this group’s particular traditions or organization²⁴⁵.

3. Everyone has the right to defend democracy, which “constitutes a specific manifestation of the right to take part in public affairs and also includes, at the same time, the exercise of other rights such as freedom of expression and the right of assembly”²⁴⁶. There is also an “obligation to defend democracy”, which includes taking actions against *coups d’etat*, in favor

²³⁹ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 209), quoting a decision of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

²⁴⁰ *Vélez-Loor v. Panama* (2010c, ¶ 169).

²⁴¹ *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 196).

²⁴² *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2015b, ¶ 203).

²⁴³ *Reverón-Trujillo v. Venezuela* (2009f, ¶ 138).

²⁴⁴ *Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador (Case of the)* (2013e, ¶ 155).

²⁴⁵ *YATAMA v. Nicaragua* (2005e, ¶¶ 215-223).

²⁴⁶ *López-Lone et al. v. Honduras* (2015c, ¶ 164).

of the re-establishment of democracy and the rule of law²⁴⁷. If a state has “norms that ordinarily restrict the right of judges to participate in politics”, they will not be applicable “at times of grave democratic crises”, regarding “actions in defense of the democratic order”²⁴⁸.

Article 24. Right to Equal Protection

1. All persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law.

2. The fundamental principle of equality and non-discrimination shall be deemed *jus cogens*²⁴⁹. Thus, “any exclusion, restriction or privilege that is not objective and reasonable, and which adversely affects human rights” is forbidden²⁵⁰. States may only grant distinct treatment when this “is reasonable, proportionate and objective”²⁵¹.

3. This Article, while intimately related to Article 1.1, refers only to discriminations established by law²⁵².

Article 25. Right to Judicial Protection

1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties. This right cannot be suspended in time of war, public danger, or other emergency²⁵³.

2. The States Parties undertake:

- a. to ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the state;**
- b. to develop the possibilities of judicial remedy; and**
- c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.**

2B. When investigating a violent death, “State authorities in charge of conducting the investigation should at least try, inter alia:

“[a.] to identify the victim;

“[b.] to collect and preserve evidence related to the death in order to assist in any investigation;

“[c.] to identify possible witnesses and obtain testimonies in relation to the death under investigation;

²⁴⁷ *López-Lone et al. v Honduras* (2015c, ¶ 153).

²⁴⁸ *López-Lone et al. v Honduras* (2015c, ¶ 174).

²⁴⁹ *Duque v. Colombia* (2016a, ¶ 91). Only in Spanish.

²⁵⁰ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 84).

²⁵¹ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 (2003, ¶ 84).

²⁵² *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 285).

²⁵³ Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-8/87 (1987, ¶ 44).

“[d.] to determine the cause, manner, place and time of death, as well as any pattern or practice which may have brought about such death, and

“[e.] to distinguish between natural death, accidental death, suicide and homicide”²⁵⁴.

2C. “In addition, it is necessary that a thorough investigation of the crime scene be conducted and rigorous autopsies and analyses of human remains be performed by competent professionals, using the best available procedures”²⁵⁵.

3. This Article is intimately related to Article 8²⁵⁶. This simple and prompt recourse shall comply with the requirements of article 8.1²⁵⁷.

CHAPTER III - ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS

Article 26. Progressive Development

1. **The States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires.**

2. The Inter-American Court may also adjudicate upon individual or State requests on this economic, social and cultural rights, because “regression is actionable when economic, social and cultural rights are involved”²⁵⁸.

3. Every person has “the right to enjoy the benefits of scientific and technological progress”²⁵⁹.

Bibliographic references

Dulitzky, A. E. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 50, 46-93.

Paul, A. (2017). Admissibility of Evidence before the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Direito GV*, 13, 653-676. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201726>

Sentences

Inter-American Court of Human Rights (1988). *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988).

²⁵⁴ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 102).

²⁵⁵ *Kawas-Fernández v. Honduras* (2009e, ¶ 102).

²⁵⁶ *Cantos v. Argentina* (2002, ¶ 54). However, the Court’s case law in this matter is not uniform, particularly after Judge Medina’s influence. See ¶¶ 1-4 of the partially dissenting opinion of Judge Medina in *19 Tradesmen v. Colombia* (2004a).

²⁵⁷ *Claude-Reyes et al. v. Chile* (2006c, ¶ 127).

²⁵⁸ *Acevedo-Buendía et al. v. Perú (Discharged and Retired Employees of the Office of the Comptroller)* (2009a, ¶ 103).

²⁵⁹ *Gómez-Murillo et al. v. Costa Rica* (2016b, ¶ 28) (only in Spanish) in conjunction with *Artavia-Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (2012a, ¶ 150).

- (1999). *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala (Street Children)*. Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63 (Nov. 19, 1999).
- (2000). *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*. Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70 (Nov. 25, 2000).
- (2001a). *Baena et al. v. Panama*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 72 (Feb. 2, 2001).
- (2001b). *Barrios Altos v. Peru*. Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75 (Mar. 14, 2001).
- (2001c). *Olmedo-Bustos et al. v. Chile (The Last Temptation of Christ)*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 73 (Feb. 5, 2001).
- (2002). *Cantos v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 97 (Nov. 28, 2002).
- (2003). *Bulacio v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 100 (Sept. 18, 2003).
- (2004a). *19 Tradersmen v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 109 (July 5, 2004).
- (2004b). *De la Cruz-Flores v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 115 (Nov. 18, 2004).
- (2004c). *Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 110 (July 8, 2004).
- (2004d). *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 107 (July 2, 2004).
- (2004e). *“Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004).
- (2005a). *Caesar v. Trinidad and Tobago*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 123 (Mar. 11, 2005).
- (2005b). *Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 130 (Sept. 8, 2005).
- (2005c). *“Mapiripán Massacre” v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 134 (Sept. 15, 2005).
- (2005d). *Palamara-Iribarne v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 135 (Nov. 22, 2005).
- (2005e). *YATAMA v. Nicaragua*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127 (June 23, 2005).
- (2006a). *Aguado-Alfaro et al. v. Peru (Dismissed Congressional Employees)*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 158 (Nov. 24, 2006).
- (2006b). *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154 (Sept. 26, 2006).
- (2006c). *Claude-Reyes et al. v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 151 (Sept. 19, 2006).
- (2006d). *Ituango Massacres v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations & Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 148 (July 1, 2006).
- (2006e). *La Cantuta v. Peru*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 162 (Nov. 29, 2006)

- (2006f). *López-Álvarez v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 141 (Feb. 1, 2006).
- (2006g). *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru (The)*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 160 (Nov. 25, 2006).
- (2006h). *Pueblo Bello Massacre v. Colombia (The)*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 140 (Jan. 31, 2006).
- (2006i). *Sawhoyamaza Indigenous Community v. Paraguay (The)*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146 (Mar. 29, 2006).
- (2006j). *Ximenes-Lopes v. Brazil*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 149 (July 4, 2006).
- (2007a). *Boyce et al. v. Barbados*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 169 (Nov. 20, 2007).
- (2007b). *Bueno-Alves v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 164 (May 11, 2007).
- (2007c). *Chaparro-Álvarez and Lapo-Íñiguez v. Ecuador*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 170 (Nov. 21, 2007).
- (2007d). *García-Prieto et al. v. El Salvador*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 168 (Nov. 20, 2007).
- (2007e). *Rochela Massacre v. Colombia (The)*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 163 (May 11, 2007).
- (2007f). *Saramaka People v. Suriname (The)*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172 (Nov. 28, 2007).
- (2008a). *Kimel v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 177 (May 2, 2008).
- (2008b). *Salvador-Chiriboga v. Ecuador*. Preliminary Objection and Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 179 (May 6, 2008).
- (2008c). *Ticona-Estrada et al. v. Bolivia*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 191 (Nov. 27, 2008).
- (2008d). *Tiu-Tojin v. Guatemala*. Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 190 (Nov. 26, 2008).
- (2009a). *Acevedo-Buendía et al. v. Peru (Discharged and Retired Employees of the Office of the Comptroller)*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 198 (July 1, 2009).
- (2009b). *Barreto-Leiva v. Venezuela*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 206 (Nov. 17, 2009).
- (2009c). *Escher et al. v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 200 (July 6, 2009).
- (2009d). *González et al. ("Cotton Field") v. Mexico*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 205 (Nov. 16, 2009).
- (2009e). *Kawas-Fernández v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 196 (Apr. 3, 2009).
- (2009f). *Reverón-Trujillo v. Venezuela*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 197 (June 30, 2009).
- (2009g). *Usón-Ramírez v. Venezuela*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 207 (Nov. 20, 2009).
- (2010a). *Cabrera-García & Montiel-Flores v. Mexico*. Preliminary Objections, Merits,

- Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 220 (Nov. 26, 2010).
- (2010b). *Cepeda-Vargas (Manuel) v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 213 (May 26, 2010).
 - (2010c). *Vélez-Loor v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 218 (Nov. 23, 2010).
 - (2010d). *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010).
 - (2011a). *Chocrón-Chocrón v. Venezuela*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 227 (July 1, 2011).
 - (2011b). *Contreras et al. v. El Salvador*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 232 (Aug. 31, 2011).
 - (2011c). *Fleury (Lysias) et al. v. Haiti*. Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 236 (Nov. 23, 2011).
 - (2011d). *Fontevecchia and D'Amico v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 238 (Nov. 29, 2011).
 - (2011e). *Gelman v. Uruguay*. Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 221 (Feb. 24, 2011).
 - (2011f). *Radilla-Pacheco v. Mexico*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 209 (Nov. 23, 2011).
 - (2011g). *Vera-Vera et al. v. Ecuador*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 224 (May 19, 2011).
 - (2012a). *Artavia-Murillo et al. ("in vitro fertilization") v. Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Nov. 28, 2012).
 - (2012b). *Atala-Riffo and Daughters v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239 (Feb. 24, 2012).
 - (2012c). *Furlan and Family v. Argentina*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 246 (Aug. 31, 2012).
 - (2012d). *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 245 (June 27, 2012).
 - (2012e). *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 251 (Oct. 24, 2012).
 - (2013a). *García-Lucero et al. v. Chile*. Preliminary Objections, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 267 (Aug. 28, 2013).
 - (2013b). *Mémoli v. Argentina*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 265 (Aug. 22, 2013).
 - (2013c). *Mendoza et al. v. Argentina*. Preliminary Objections, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 260 (May 14, 2013).
 - (2013d). *Suárez-Peralta v. Ecuador*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 261 (May 21, 2013).
 - (2013e). *Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador (Case of the)*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 266 (Aug. 23, 2013).
 - (2014a). *Norín-Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 279 (May 29, 2014).

- (2014b). *Rodríguez-Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 287 (Nov. 14, 2014).
- (2014c). *Tarazona Arrieta et al. v. Peru, Preliminary Objection*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 286 (Oct. 15, 2014).
- (2015a). *Cruz-Sánchez et al. v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 292 (Apr. 17, 2015).
- (2015b). *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C.) No 309. (Nov. 25, 2015).
- (2015c). *López-Lone et al. v Honduras*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 302 (Oct 5, 2015).
- (2016a). *Duque v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 310 (Feb. 26, 2016).
- (2016b). *Gómez-Murillo et al. v. Costa Rica*. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 326 (Nov. 29, 2016).
- (2016c). *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Case of the)*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 318 (Oct. 20, 2016).

Advisory Opinions

- Inter-American Court of Human Rights (1984). Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 4 (Jan. 19, 1984).
- (1985). Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 5 (Nov. 13, 1985).
 - (1986). Enforceability of the Right to Reply or Correction (Arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 7 (Aug. 29, 1986).
 - (1987). Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-8/87, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 8 (Jan. 30, 1987).
 - (1989). Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights. Advisory Opinion OC-10/89, 1989 Inter-Am. Ct. H.R., (ser. A) No. 10 (July 14, 1989).
 - (1990). Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies (Arts. 46(1), 46(2)(a) and 46(2)(b) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-11/90, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 11 (Aug. 10, 1990).
 - (1999). The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. Advisory Opinion OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 16 (Oct. 1, 1999).
 - (2003). Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003).
 - (2014). Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection. Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A)

- No. 21 (Aug. 19, 2014).
- (2016). Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and Scope of Article 1(2), in Relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as Well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador). Advisory Opinion OC-22/16, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 22, (Feb. 26, 2016) (in Spanish).

Legislation

United Nations Charter (1945). Statute of the International Court of Justice, June 24, 1945.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos —SIDH— y la (¿real?) falta de apoyo regional¹

"The Inter-American Human Rights System and the (Real?)
lack or regional support"

EDUARDO BERTONI²

Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Argentina

Resumen

En 2008, el profesor Gerald Neuman publicó un artículo que dio lugar al debate no sólo sobre la relevancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sino también sobre su legitimidad en la región. Después de casi 10 años de publicar ese artículo, el presente trabajo revisará uno de los pilares que permitió al Profesor Neuman construir sus argumentos y que muchos otros también habían mencionado: el muy bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte y su relación con la noción de “eficacia” o “legitimidad” del Tribunal regional y con su mecanismo de interpretación de la Convención. El trabajo concluye en la necesidad de explorar como mecanismo de interpretación del tratado la búsqueda de un consenso regional sobre el alcance y concepto de los derechos involucrados en las decisiones.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos / Eficacia y Legitimidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos / Gerald Neuman / Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Summary

In 2008, the professor Gerald Neuman published an article that generated debate not only on the relevance of the Inter-American System of Human Rights (IASHR), but also its legitimacy in the region. After almost 10 years after publishing this article, this work will review one of the pillars that allowed Professor Neuman to build his arguments and which many others have

¹ Agradezco a Julián Onagoity, joven abogado recientemente graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, quien colaboró en la investigación empírica que se presenta en este trabajo. Este trabajo fue presentado originalmente en el SELA (Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional) organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en Quito, entre el 8 y 11 de junio de 2017. Agradezco todos los comentarios recibidos durante el seminario que permitieron realizar algunos agregados al trabajo original.

² Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es Director de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Argentina. Fue Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho e la Universidad de Palermo y Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en la ciudad de Washington DC. Entre 2002 y 2005 fue el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Bertoni es abogado de nacionalidad argentina, egresado de la Universidad de Buenos Aires, ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York y del National Endowment for Democracy. Tiene una Maestría en Políticas Internacionales de la Universidad George Washington. Asimismo, es Profesor de las Facultades de Derecho de las Universidad de Buenos Aires y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Ha dictado cursos de grado y postgrado, entre ellos “Derechos Humanos & Internet” y “Ciberespacio y Delito”. Fue asesor legal en varias organizaciones no gubernamentales en Argentina y en el extranjero. Ha trabajado asimismo como asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina. El Dr. Bertoni ha escrito artículos de opinión en los diarios más prestigiosos de América Latina, Europa y Estados Unidos. Es autor y compilador de libros sobre el derecho a la libertad de expresión, sobre reformas judiciales y sobre derecho penal internacional. Entre ellos se destacan los libros *Difamación por Internet*, *Internet & Derechos Humanos*, *Hacia una Internet Libre de Censuras y Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*.



mentioned: the very low compliance with decisions made by the Court and their relationship with the notion of “efficiency” or “legitimacy” of the regional Tribunal and with its mechanism of interpreting the Convention. The work concludes with the necessity of exploring regional consensus of the scope and concept of the rights involved in decisions as a mechanism of interpretation of the treaty.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights / Efficiency and Legitimacy of the Inter-American Court of Human Rights / Interpretation of the Inter-American Human Rights Convention / Gerald Neuman / Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

En 2008, el profesor Gerald Neuman publicó un artículo que dio lugar al debate no sólo sobre la relevancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sino también sobre su legitimidad en la región³. Después de casi 10 años de publicar ese artículo, el presente trabajo revisará uno de los pilares que permitió al Profesor Neuman construir sus argumentos y que muchos otros también habían mencionado: el muy bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte y su relación con la noción de “eficacia” o “legitimidad” del Tribunal regional.

En la primera parte del artículo se revisarán los principales supuestos, argumentos y conclusiones de Neuman. Es evidente que el método de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) utilizada por la Corte es para Neuman un factor importante para el bajo cumplimiento de sus decisiones. Por lo tanto, la segunda parte de este artículo demostrará que el bajo cumplimiento no sólo era cierto en el momento en que su artículo fue publicado, sino que sigue siendo un patrón en la actualidad.

Tan pronto como se demuestre con cifras concretas que las decisiones de la Corte raramente son cumplidas por completo por los Estados que deben implementarlas, la tercera parte de este trabajo explorará algunos enfoques teóricos que se han utilizado para considerar cuándo un Tribunal Internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución efectiva y/o legítima. Establecer el vínculo entre “bajo cumplimiento”, por un lado, y “eficacia”/“legitimidad”, por el otro, es el núcleo no sólo de esta tercera parte, sino también de todo este trabajo.

Seguidamente, se volverá al artículo de Neuman para explorar las razones de lo que él mencionó como una “falta de apoyo regional”. ¿Por qué sucedió? ¿Es pertinente para esa situación, por una parte, la interpretación diferente entre algunas jurisdicciones nacionales y, por otra, la interpretación del SIDH de la convención de derechos humanos? Y finalmente, ¿debería un tribunal internacional de derechos humanos buscar un consenso sobre su interpretación antes de tomar cualquier decisión para construir su legitimidad y sostenibilidad? Por último y más importante, ¿sería posible buscar un “consenso” en los casos en que los problemas estructurales son el tipo de problemas que la Corte debe resolver? La

³ El profesor Neuman afirmó que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decide a través de sentencias de obligatorio cumplimiento las denuncias de violaciones de derechos humanos en virtud de una convención regional de derechos humanos. Las dificultades para la ejecución de esas sentencias en las Américas han sido enormes [...] Dada la falta de apoyo regional, la Corte ha mirado hacia fuera, hacia Europa y hacia el discurso global de derechos humanos como puntos de referencia principales para su interpretación del convenio regional. En ese proceso ha subestimado el consentimiento de la comunidad pertinente de Estados como factor en la interpretación de un tratado de derechos humanos, lo que distorsiona la elaboración de normas de derechos humanos por parte de la Corte y daña la eficacia del sistema regional de derechos humanos” (Neuman, 2008, pp.101-102).

cuarta parte del trabajo intentará dar respuestas a alguna de estas preguntas.

Por último, el trabajo desarrollará algunas conclusiones.

2. “Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”: los argumentos de Gerald Neuman sobre la falta de efectividad de la Corte

Aunque el sumario que encabeza el artículo del Prof. Neuman da al lector un excelente resumen de sus principales argumentos⁴, tiene que ser complementado con otros más específicos que son importantes para el objeto del presente trabajo.

Al comienzo de su artículo, Neuman detalla lo que considera los obstáculos para hacer cumplir los derechos humanos en la región. En sus propias palabras,

[...] incluyen la pobreza extrema, sociedades divididas devastadas por conflictos internos brutales, tribunales nacionales débiles y, más recientemente, democracias frágiles. Otros desafíos resultan de la inadecuada participación de la organización principal regional, la Organizació de Estados Americanos (OEA) (2008, p. 101)⁵.

Es importante destacar que esas son las razones que Neuman mencionó como problemas para hacer cumplir los “derechos humanos”, que no es lo mismo que decir que se trata de problemas para hacer cumplir las decisiones de la Corte Interamericana sobre “derechos humanos”. Sin embargo, en el siguiente párrafo se mueve de un campo a otro. Por ejemplo, dice que

[...] cuestiona una característica importante del método de la Corte Interamericana para operar frente a estos problemas. Dada la falta de apoyo regional, la Corte ha mirado hacia fuera, a Europa y al discurso global de derechos humanos como referencia principal para la interpretación de la convención regional. En ese proceso el Tribunal ha llegado a subestimar el consentimiento de la comunidad pertinente de Estados como factor de interpretación de un tratado de derechos humanos, lo que distorsiona la elaboración por la Corte de normas de derechos humanos, Y corre el riesgo de dañar la eficacia del sistema regional de derechos humanos (p. 123)⁶.

Por otra parte, y de acuerdo con la conclusión antes citada, también dice que:

[...] la importación de normas globales de derecho blando y doctrinas europeas que carecen de una base regional en las Américas nunca podría justificarse instrumentalmente. Tampoco implica que agregando explicaciones más detalladas de sus prácticas se resolverían los problemas de cumplimiento de la Corte. Pero esas prácticas sugieren que puede ser

⁴ Allí dijo: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado un importante cuerpo de jurisprudencia en materia de derechos humanos a través de la interpretación de convenciones regionales de derechos humanos y la adaptación de precedentes europeos y mundiales y de soft law global. La Corte ha aspirado a influir fuera de la región, ofreciendo interpretaciones innovadoras de los derechos humanos e identificando las normas como de jus cogens. La metodología de la Corte en los últimos años parece no dar suficiente consideración al consentimiento de la comunidad regional de estados como factor a considerar en la interpretación evolutiva de un tratado de derechos humanos. El artículo ilustra y critica esa tendencia y sostiene que prestar mayor atención al consenso regional podría mejorar la aceptación y la eficacia del sistema interamericano de derechos humanos” (2008, p. 101).

⁵ N. del. E.: Esta y todas las traducciones del artículo son del autor.

⁶ Podría ser injusto concluir rápidamente que para Neuman los métodos utilizados por la Corte para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la resistencia a buscar un “consenso regional” son los ÚNICOS factores que dañan la efectividad del SIDH. Ciertamente, cierra su artículo diciendo que “la atención al consentimiento regional no es, sin lugar a dudas, la causa principal de las dificultades de cumplimiento de la Corte, que también se extienden a los casos de violaciones graves de los derechos a la vida y a la integridad física. De todos modos, ello [la falta de consenso] es un problema que puede impedir los esfuerzos para fortalecer el sistema” (2008, p. 123).

necesaria una mayor cautela para evaluar la idoneidad de las normas importadas como base de interpretaciones de la Convención Americana (p. 123).

Por lo tanto, para Neuman los métodos para la interpretación son importantes y podrían ser un factor de baja efectividad de la Corte. Es cierto que la “efectividad” se entiende aquí como un bajo cumplimiento de las decisiones, que es un concepto que este documento analizará con mayor detenimiento más adelante. Sin embargo, es importante para este trabajo resumir cómo funciona el Tribunal según las opiniones de Neuman. Siguiendo sus propias palabras:

[...] el Tribunal invoca métodos generales de interpretación de los tratados, como los expresados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero también subraya que los tratados de derechos humanos tienen un carácter distinto, estableciendo normas objetivas para la protección de individuos más que obligaciones recíprocas que benefician a los estados. [...] Los trabajos preparatorios de la Convención a veces proporcionan una guía para la interpretación de una disposición, aunque la Corte Interamericana los utiliza con mayor frecuencia para interpretar los procedimientos de la propia Convención que en la elaboración del contenido de los derechos humanos individuales. [...] En la jurisprudencia interamericana, la elaboración progresiva de los derechos está apoyada en parte por el propio razonamiento normativo de la Corte, en parte por la invocación de los correspondientes instrumentos de derechos humanos de la OEA y muy a menudo por referencias a los regímenes globales y europeo de protección de los derechos humanos. El concepto de “consenso regional” ha desempeñado un papel mucho más pequeño en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que en la de la Corte Europea (p. 123).

Volveré a la noción de “consenso regional” y la poca atención que presta a la Corte en las próximas páginas. Por el momento, es importante destacar que Neuman da en su artículo buena evidencia de por lo menos tres fuentes que la Corte usualmente utiliza para su interpretación del tratado.

En primer lugar, después de decir claramente que “la Corte Interamericana es un importador importante, aunque selectivo, de las interpretaciones de los derechos humanos” (p. 124), Neuman da ejemplos relevantes donde la Corte cita decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también nos recuerda que El Tribunal Europeo no tiene autoridad vinculante dentro de la Organización de los Estados Americanos en general y, en mi opinión, en especial dentro de los Estados Partes que aceptaron la jurisdicción de la Corte Interamericana.

En segundo lugar, la Corte Interamericana utiliza frecuentemente como fuente de interpretación los documentos pertinentes emitidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU; pero Neuman también nos recuerda que, por ejemplo, las Observaciones Generales o las interpretaciones incluidas en las comunicaciones individuales del Comité son obligatorias sólo para los estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

En tercer lugar, Neuman muestra en su artículo la frecuencia con la que el Tribunal utiliza una “amplia variedad de documentos de derecho blando mundial, ya sea solos o en combinación con otras fuentes”. Esos documentos jurídicos incluyen algunas veces directrices adoptadas por organizaciones privadas y ONGs.

El resultado de todo lo anterior es, de acuerdo con Neuman, que la Corte convierte de un día a otro, el derecho blando global en derecho regional duro⁷. Y aquí el núcleo del artículo de Neuman que es relevante para este trabajo:

[...] el reconocimiento del papel de los estados plantea cuestiones tanto de legitimación como de eficacia. El carácter de un tratado de derechos humanos implica la participación de los estados (conjuntamente) en el diseño del sistema, incluyendo la elección de los derechos a ser protegidos y de los medios de su ejecución y cumplimiento. Los Estados de la OEA hicieron un esfuerzo considerable para negociar y adoptar su propio tratado regional de derechos humanos. No redujeron el tratado a un mecanismo de aplicación local de los otros tratados globales y tampoco simplemente delegaron en la Corte la tarea de adoptar las normas que elija de un futuro corpus de textos de derecho blando. La sociedad continua entre la Corte y los Estados miembros refuerza la autoridad de la Corte para definir las obligaciones de los estados. La “humanización” del derecho internacional no ha llegado tan lejos como para hacer que los tribunales internacionales de derechos humanos se autolegitimen sobre la base de su directa relación con los seres humanos (p. 115).

Y concluye que:

[...] reconocer la influencia del Estado en la evolución de las normas de derechos humanos es importante para la eficacia del sistema, un factor importante en la interpretación institucional. Hacer un derecho humano más “efectivo” no significa necesariamente dar al derecho un contenido más amplio. Significa hacer que el disfrute del derecho sea una realidad, y ello puede requerir que la definición del contenido del derecho sea efectuada de una manera que facilite su implementación en un momento histórico particular dentro de la región en particular (p. 115).

Por lo tanto, lo que él llama un “consenso regional” es relevante para la eficacia y legitimidad de la Corte porque “cuando los estados de la región participan en la progresiva evolución de un derecho, sus acciones hacen más factible la aplicación nacional y proporcionan ideas sobre los métodos de implementación que pueden tener éxito” (p. 115).

En conclusión, Neuman señala que quienes están involucrados en el SIDH “podrían creer que alguna reorientación en la metodología de la Corte mejoraría su desempeño como parte de un sistema para la protección de los derechos humanos dentro de la OEA” (p. 123).

3. Decisiones de la Corte y falta de cumplimiento en cifras: una investigación preliminar

En 2010 un grupo de colegas⁸ publicó el artículo “La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre Su Funcionamiento y Sobre el Cumplimiento de las Decisiones” (Basch et. al., 2010). Esta investigación es una herramienta única para el objeto de este trabajo porque muestra claramente el bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte en el momento que su artículo fue publicado. Es relevante destacar que ese artículo fue publicado aproximadamente cuando el Prof. Neuman publicó su propio artículo. Dado que es importante saber si las conclusiones de esa investigación siguen siendo válidas, en este capítulo, y siguiendo la misma metodología, se actualizan las estadísticas. La

⁷ Para Neuman, “la Corte Interamericana parece tratar a todos los procesos que generan estas normas como formas igualmente válidas de ‘evolución’ capaces de influir en la interpretación de las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana. Esta generosa noción de ‘evolución’ evita el aspecto vinculado con el consenso sobre los derechos humanos sin asegurar necesariamente que la interpretación resultante esté justificada en términos institucionales. El fácil recurso de la Corte a fuentes externas no vinculantes desvía la voluntad de los Estados miembros de la OEA como un factor relevante para la interpretación de sus obligaciones” (Neuman, 2008, p. 114).

⁸ Fernando Basch, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber.

conclusión es casi la misma: el bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana sigue siendo un problema para el SIDH.

Hay algunas aclaraciones que es necesario realizar. En primer lugar, Basch y otros vinculan la “eficacia” del sistema con el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las decisiones de la Corte Interamericana. Por el momento, aceptaré ese fuerte vínculo. Sin embargo, en el próximo apartado volveré a considerar el concepto de efectividad y/o legitimidad de los tribunales internacionales.

En segundo lugar, de ninguna manera la conclusión principal de la investigación — bajo cumplimiento— debe ser entendida, según los investigadores, como el único problema para el sistema interamericano⁹.

En tercer lugar, es importante aclarar la metodología utilizada por ellos para la investigación. Allí se tomó en cuenta todos los informes de fondo de la Comisión (Artículo 51 de la Convención), todos los acuerdos de solución amistosa aprobados por la Comisión (Artículo 49 de la Convención) y, finalmente, todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el primero de junio de 2001 al 30 de junio de 2006. Es importante destacar que tomaron en cuenta 41 decisiones de la Corte, pero también consideraron las decisiones de supervisión de esas sentencias hasta el 30 de junio de 2009.

Para analizar el cumplimiento de las recomendaciones y las decisiones las clasificaron en trece categorías (la investigación las llama “reparaciones”)¹⁰.

⁹ En sus propias palabras, “[e]n las discusiones acerca del funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) una preocupación central y constante es la cuestión de su efectividad. Para muchos observadores, los recursos humanos y financieros del SIDH para dar respuesta a la negación de derechos son insuficientes. Otros destacan la ausencia de mecanismos formales o de prácticas consolidadas que aseguren la implementación estatal de las decisiones interamericanas. [...] La percepción generalizada, puede decirse, es que el SIDH podría o debería tener mayor influencia sobre el comportamiento de los estados que la que tiene hoy. Esta investigación ilumina una cuestión fuertemente relacionada con esa preocupación general: el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema de peticiones de la CADH” (Basch et al., 2010, p. 9).

¹⁰ Las trece categorías son: *i. Reparación económica dineraria*: medida requerida a los estados consistente en el pago de sumas de dinero a individuos o grupos. *ii. Reparación económica no dineraria*: medida dirigida a brindar acceso a algún servicio o bien específico, o a destinar dinero a su provisión o compra. Por ejemplo, becas de estudio y asistencia médica, creación de fondos para el desarrollo productivo comunitario destinados a la creación de programas de salud, vivienda y educación, o la entrega de tierras o inmuebles. *iii. Reparación simbólica*: remedio dirigido a dignificar y reparar moralmente a las víctimas y a hacer público el reconocimiento del estado de su responsabilidad. Esta categoría incluye: colocar placas, hacer actos públicos, dar el nombre de víctimas a establecimientos, calles, becas de estudios o espacios públicos, difundir públicamente sentencias de la Corte o informes de la CIDH y otras formas de conmemoración de las violaciones y de sus víctimas. Como reparación simbólica se incluyen también la restitución y el traslado de los restos de víctimas a sus familiares. *iv. Reparación por restitución de derechos*: remedio para reponer a las víctimas en el goce de los derechos violados, cuando la acción requerida no sea de eminente contenido económico. Por ejemplo, reasignar a un empleado al puesto del que fuera despedido, poner nuevamente en funciones a funcionarios judiciales ilegítimamente destituidos, liberar a personas detenidas, dejar sin efecto condenas, realizar nuevos juicios con las debidas garantías procesales, excluir a la víctima de los registros de antecedentes penales, reinscribir a una persona en los sistemas de pensiones, o proveer medidas de seguridad para que personas desplazadas puedan volver a habitar sus tierras. *v. Prevención a través de la formación de personal público*: capacitación o educación, en materias determinadas vinculadas con la protección de derechos humanos, a empleados y funcionarios públicos, tales como miembros de fuerzas de seguridad policiales o militares, de la administración pública o del poder judicial. *vi. Prevención a través de la concientización de la población*: lanzamiento de programas o campañas de difusión o educación públicas, con miras a generar conciencia en la sociedad acerca de cuestiones necesarias para la vigencia de los derechos humanos. Exceden la mera conmemoración de la violación verificada en un caso y del homenaje de sus víctimas para difundir y promover derechos humanos en general. *vii. Prevención a través de reformas legales*: reformas legislativas, de decretos, o de procedimientos administrativos para implementar nuevas políticas públicas o reformar las existentes. Se excluyeron de esta categoría las recomendaciones, compromisos u órdenes de dictar una ley o sancionar un decreto con el único fin de crear una institución pública determinada. *viii. Prevención a través del fortalecimiento, la creación, o la reforma de instituciones públicas*. Por ejemplo, se incluyen aquí recomendaciones, compromisos u órdenes de hacer lo necesario para cumplir con lo que la ley estatal dispone y cuya violación propició la vulneración de derechos. *ix.*

El cuadro siguiente demuestra los resultados de la investigación de Basch y otros:

REMEDIOS DE LA CORTE IDH - PORCENTAJES 2001-2006															
GRADO DE CUMPLIMIENTO	REPARACIÓN - ECONÓMICA DINERARIA	REPARACIÓN - ECONÓMICA NO DINERARIA	REPARACIÓN - SIMBÓLICA	REPARACIÓN RESTITUTIVA - DD	MEDIDAS PREV. FORMACIÓN	MEDIDAS PREVENTIVAS - CONCIENCIACIÓN	MEDIDAS PREVENTIVAS - REFORMAS LEGALES	MEDIDAS PREVENTIVAS - FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL	MEDIDAS PREVENTIVAS - SIN ESPECIFICAR	INVESTIGAR - CON REFORMA LEGAL	INVESTIGAR - SIN REFORMA LEGAL	PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS	OTROS	TOTAL SENTENCIAS DE LA CORTE	TOTAL
INCUMPLIMIENTO	31	74	40	65	57	50	92	84		67	89	83	50	59	50
CUMPLIMIENTO PARCIAL	21	21	11	4	0	25	4	16		17	11	0	0	12	14
CUMPLIMIENTO TOTAL	48	5	49	31	43	25	4	0		16	0	17	50	29	36
TOTAL	100	100	100	100	100	100	100	100	0	100	100	100	100	100	100

Cuadro 1

De acuerdo con el cuadro anterior, la conclusión sobre el bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte aparece apoyada con cifras concretas: el cumplimiento total de 2001-2006 es sólo del 36%. Por supuesto, sería posible poner las cifras bajo una luz diferente, es decir afirmar que “sólo” el 50% de los casos no se cumplieron durante el mismo período. En cualquier caso, el 50% de las decisiones que no se cumplieron es suficiente para decir que el bajo cumplimiento debe considerarse un factor importante cuando la efectividad y/o legitimidad del Tribunal está bajo escrutinio.

Prevención sin especificar medidas: recomendación o compromiso de hacer lo necesario para evitar la repetición de violaciones a derechos como las del caso. Se incluyen sólo aquellas recomendaciones que no especifican de ninguna manera qué acciones corresponde al estado llevar adelante para cumplir el cometido. *x. Investigación y sanción con reforma legal:* recomendaciones, compromisos u órdenes de investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos que exigen, para su cumplimiento, que el estado lleve a cabo reformas legales (en sentido amplio) o en su sistema de justicia. Por ejemplo, la anulación de leyes de amnistía, o de indultos, o la modificación de criterios legales o jurisprudenciales relativos a la aplicación de la cosa juzgada o la prescripción de la acción. *xi. Investigación y sanción sin reforma legal:* investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos identificadas cuyo cumplimiento no requiere que se modifique la ley. Se trata de casos en los que la justicia puede actuar sin tener que superar obstáculos legales¹¹. *xii. Protección de víctimas y testigos:* medidas específicas de protección de víctimas o testigos basadas en el temor de que sean perseguidas/os por haber acudido al sistema interamericano o por haber participado en los procesos internos de investigación de las violaciones a los derechos humanos. Se ha decidido analizarlo como categoría independiente porque exige acciones distintas y autónomas del proceso central y porque puede haber casos en los que el estado cumpla completamente con la investigación y sanción de las violaciones sin cumplir con la protección de testigos, y viceversa. Por otro lado, esta medida no busca la reparación y tampoco apunta a la prevención de violaciones a derechos humanos de modo genérico. Está restringida a la protección de personas específicas señaladas por la Corte o la Comisión. *xiii. Otros.* Todas aquellas medidas recomendadas, comprometidas u ordenadas al estado que no pueden clasificarse dentro de alguna de las 12 categorías anteriores. En el universo relevado identificamos tres: la orden para que se entregue a una persona menor de edad un certificado para salir del país (medida dirigida no a su protección como testigo o víctima, sino a evitarle a su madre trámites angustiantes); la orden para establecer un sistema de comunicación entre determinadas personas y las autoridades de un servicio de salud y la orden de entregar un CD con legislación a una persona.

De todos modos, aun considerando seriamente las cifras anteriores, es importante analizar si este patrón sigue siendo válido hoy en día.

Para este trabajo, se revisaron 270 supervisiones de cumplimiento de sentencia desde el 1 de julio de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2016¹¹, resultando en un total de 750 remedios. De cada supervisión de cumplimiento se clasificó a cada remedio dentro de una de tres categorías (al igual que la investigación de Basch y otros): (1) Cumplimiento Total, (2) Cumplimiento Parcial y (3) Incumplimiento.

En los casos en que la Corte consideró que un remedio se encontraba “cumplido”, “totalmente cumplido” o utilizó otro lenguaje similar, se los anotó en la categoría de “Cumplimiento Total”. En los casos en que la Corte consideró que un remedio “ha sido cumplido parcialmente”, “viene siendo cumplido” o utilizó otro lenguaje similar, se los anotó en la categoría de “Cumplimiento Parcial”. En los casos en que la Corte consideró que un remedio “ha sido incumplido”, que el Estado se encontraba “en desacato”, que se “mantenía abierta la supervisión” por dicho remedio, o utilizó otro lenguaje similar, se los anotó en la categoría de “Incumplimiento”.

El hecho de haber puesto el foco en las supervisiones de cumplimiento implica que puede haber habido sentencias de casos contenciosos en las que se dispusieron reparaciones y, como la Corte no dictó una supervisión de cumplimiento sobre esa sentencia, no han sido contadas en el presente trabajo. Adicionalmente, la metodología utilizada implica que puede haber remedios que ya se habían tenido en cuenta en la investigación de Basch y otros. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de que se hayan dictado supervisiones de cumplimiento sobre la misma sentencia en años previos y también posteriores a 2009¹². De todos modos, ello no es razón para impactar significativamente en los números finales.

Por otro lado, en los casos en que un mismo remedio de una misma sentencia era juzgado por varias sentencias de supervisión, sólo se tuvo en cuenta la última resolución de la Corte con respecto a ese remedio. Es decir que, si un mismo remedio fue juzgado incumplido en supervisiones de años 2012, 2013 y 2014, pero fue juzgado cumplido en 2015, dicho remedio se anotó una sola vez y dentro de la categoría de “Cumplimiento Total”.

Es práctica común de la Corte que cuando un remedio es juzgado y pertenece a la categoría de Cumplimiento Parcial, disponga adicionalmente “mantener abierta la supervisión” para el mismo remedio, por lo que dicho remedio —según lo expuesto hasta aquí— podría entrar también en la categoría de Incumplimiento. En estos casos, solamente se anotó una sola vez y dentro de la categoría “Cumplimiento Parcial”.

Algunos remedios tenían la particularidad de poder entrar en más de una categoría de las trece. En esos casos se decidió priorizar lo que era más distintivo o relevante del remedio en cuestión. Sólo se analizaron los remedios y el contenido no dispositivo que la Corte estableció en la sentencia original cuando ayudaban a comprender en cuál de las trece categorías debía entrar un remedio o cuando la supervisión de cumplimiento no era autosuficiente como descripción de los remedios (e.g. se dispone con frecuencia en las supervisiones de cumplimiento que se “mantiene abierta la supervisión respecto de los remedios de la sentencia”).

¹¹ La fuente para ello fue el buscador oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es. Los enlaces a las tres supervisiones correspondientes al caso *Castañeda Gutman Vs. México* se encontraban, al momento de la realización del trabajo, caídos y por eso no son contados en este paper.

¹² No ocurre sólo sobre los remedios que en 2008 fueron cumplidos, debido a que la corte no hace mención en futuras supervisiones a los remedios ya cumplidos en instancias anteriores. Sí ocurre respecto de los cumplimientos parciales y los incumplimientos.

En algunas supervisiones de cumplimiento referidas a casos diferentes, los remedios eran los mismos (e.g. modificar determinada legislación de un país). Se ha intentado detectar la mayor cantidad de estos casos a los fines de que cuenten como un sólo remedio.

En ciertos casos los remedios indicaban “encontrar el paradero de cierta persona” y se decidió incluirlos como “Investigación y Sanción sin Reforma Legal” pese a no estar exactamente contenida en dicha descripción. Por otro lado, cuando similares remedios apuntaban a devolverles los cuerpos a los familiares, se los incluyó como “Reparación Simbólica”, tal como estaba explícitamente previsto en las categorías del trabajo de Basch y otros.

Un cuadro “actualizado” se incluye debajo:

REMEDIOS DE LA CORTE IDH - PORCENTAJES 2009-2016															
GRADO DE CUMPLIMIENTO	REPARACIÓN - ECONÓMICA DINERARIA	REPARACIÓN - ECONÓMICA NO DINERARIA	REPARACIÓN - SIMBÓLICA	REPARACIÓN RESTITUTIVA - DD	MEDIDAS PREV. FORMACIÓN	MEDIDAS PREVENTIVAS - CONCIENTIZACIÓN	MEDIDAS PREVENTIVAS - REFORMAS LEGALES	MEDIDAS PREVENTIVAS - FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL	MEDIDAS PREVENTIVAS - SIN ESPECIFICAR	INVESTIGAR - CON REFORMA LEGAL	INVESTIGAR - SIN REFORMA LEGAL	PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS	OTROS	TOTAL SENTENCIAS DE LA CORTE	TOTAL
INCUMPLIMIENTO	31,35	75	40,86	70	54,84	44,44	77,97	81,48	100	100	91,67	88,89	0		57,33
CUMPLIMIENTO PARCIAL	9,19	7,95	3,23	2,50	12,90	11,11	3,39	3,70	0	0	3,70	11,11	0		5,87
CUMPLIMIENTO TOTAL	59,46	17,05	55,91	27,50	32,26	44,44	18,64	14,81	0	0	4,63	0	100		36,80
TOTAL	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100		100

Cuadro 2

En conclusión, como queda claro por las cifras incluidas en el Cuadro 1 y el Cuadro 2, los porcentajes de incumplimiento son muy similares.

4. Tribunales Internacionales: ¿cuándo podrían considerarse una institución “efectiva” o “legítima”?

“[Un] tribunal que genera el cumplimiento de sus decisiones es un tribunal que genera legitimidad” (Shany, 2014, p. 155). ¿Podríamos decir lo mismo con respecto a la “efectividad”? Algunos estudios responden negativamente porque los enfoques correctos para ambos conceptos (efectividad y legitimidad) deben ser diferentes.

No es el núcleo de este trabajo hacer una elaboración profunda sobre ambos conceptos. Sin embargo, dado que es frecuente utilizar ambos conceptos como si fueran sinónimos, es importante resaltar algunas de las principales diferencias¹³.

¹³ En pocas palabras: “La legitimidad es un concepto completamente abierto, que abarca lo empírico y lo normativo (mientras que nuestra comprensión de la eficacia es principalmente descriptiva), construye puentes entre los círculos electorales y combina ideas sobre el derecho, la moralidad y la realidad empírica. En contraste, la eficacia judicial, [...] ofrece un marco analítico más limitado que da prioridad a un electorado (los proveedores del mandato) y un punto de referencia (logro de metas), y

La “legitimidad” se podría entender fácilmente bajo dos categorías diferentes: “legitimidad externa” y “legitimidad interna”.

En el contexto de las relaciones internacionales, los Estados para implementar sus políticas vinculadas con otros Estados, o para resolver conflictos que puedan ocurrir entre ellos, frecuentemente crean normas o instituciones que necesitan ser legitimadas de alguna manera. En muchos casos, esa forma de legitimación se consigue de manera “externa”, esto es, a través de la creación de Cortes Internacionales que tienen como objetivo dar la legitimidad a esas normas o instituciones. De allí que se pueda hablar de “legitimidad externa”.

Sin embargo, para que esa legitimidad externa sea válida, tiene que tener una base en la “legitimidad interna” de la Corte Internacional en cuestión. No puede haber “legitimidad externa” sin que haya “legitimidad interna”, dado que la primera está vinculada directamente con la percepción de legitimidad (“legitimidad interna”) que tienen los Estados sobre la Corte. En otras palabras, puede definirse legitimidad (interna) en relación con la aceptación de la autoridad por parte de quienes le han otorgado ese poder (Kuhn, 1963, p. 467; Hurd, 1999, 379, 381).

Cabe entonces preguntarse en qué casos esos tribunales internacionales son percibidos como legítimos, o, en otras palabras, en qué casos su autoridad es aceptada.

Parece que la aceptación efectiva de la autoridad de un tribunal internacional puede establecerse de tres maneras principales: la adhesión al instrumento constitutivo del tribunal y la aceptación de su jurisdicción pueden considerarse como una manifestación formal de la aceptación de la autoridad del tribunal; se puede encontrar otra indicación de facto de aceptación en el campo del cumplimiento del proceso (el cumplimiento puede explicarse, en algunos casos, como motivado por la aceptación de la autoridad judicial como base para la obediencia). Por último, el apoyo general o difuso de un tribunal internacional —es decir, el apoyo a la institución que es independiente del apoyo a cualquier decisión particular que emita— también puede ser indicativo de la aceptación de su autoridad (Shany, 2014, p. 139).

En resumen, la legitimidad de un tribunal internacional puede empíricamente ser comprobada por tres variables: el número de estados que acepta su jurisdicción, el nivel de cumplimiento de sus decisiones, y la aceptación de la opinión pública sobre su autoridad.

Así puede entenderse a la efectividad como un concepto distinto al de legitimidad. La efectividad —entendida como cumplimiento de las decisiones— de un tribunal internacional es un concepto mucho más restringido que su legitimidad. La efectividad se refiere a sólo una de las cuestiones que están vinculadas con la legitimidad de una corte internacional. Una corte puede ser percibida como legítima porque la opinión pública acepta su autoridad o porque un número importante de estados acepta su jurisdicción. Pero esa legitimidad cae si sus decisiones no son cumplidas, es decir, si no es efectiva en los términos que aquí lo estamos definiendo.

Sin embargo, estas tres variables se relacionan entre sí. En especial las últimas dos. La explicación de esa relación es relativamente sencilla: a la pregunta sobre cuáles podrían ser las razones por las cuáles las decisiones de un tribunal no son cumplidas, una posible respuesta puede estar vinculada con la baja aceptación de la autoridad del tribunal (incluso a pesar que su jurisdicción haya sido formalmente aceptada mediante un tratado internacional). No obstante, esta respuesta genera otra pregunta cuya respuesta es más compleja: ¿cuáles son las razones por las cuales la autoridad del tribunal puede ser aceptada?

la legitimidad es ante todo un elemento estructural de los tribunales internacionales. Es una característica que los tribunales pueden poseer y los tribunales que la tienen pueden desempeñar de manera superior a los tribunales que carezcan de ella. La eficacia judicial, por otra parte, está conceptualmente relacionada con los resultados, proporcionando herramientas analíticas para evaluar si los tribunales han alcanzado sus objetivos” (Shany, 2014, p.157).

Una posible respuesta está vinculada con el procedimiento que aplica el tribunal para resolver las controversias. Otra razón puede estar relacionada con la forma de designación de los jueces. Pueden existir otros factores que afecten la aceptación de la autoridad del tribunal, pero para este trabajo sólo me interesa resaltar el primero.

Aplicando estas ideas al caso de la Corte Interamericana, la poca búsqueda del consenso regional, tal como la señala el Prof. Neuman, adquiere una renovada relevancia: al no haber consenso regional en la forma de interpretación de la Convención Americana, se afectaría la autoridad de la Corte para resolver las controversias y ello impactaría directamente con el bajo cumplimiento de sus decisiones¹⁴.

En consecuencia, y de acuerdo a todo lo expresado arriba, la efectividad de un tribunal internacional puede entenderse relacionada con el cumplimiento de sus objetivos principales. Y, para el caso de un tribunal, uno de esos objetivos es, sin duda, que sus decisiones se cumplan.

Sin embargo, la baja efectividad de un tribunal es sólo una de las variables a tener en cuenta para juzgar su legitimidad. Afirmar que un tribunal no goza de legitimidad sólo porque sus decisiones no son cumplidas es conceptualmente equivocado.

De todos modos, para el objetivo de este trabajo, alcanza con haber aclarado los conceptos, para que en los capítulos que siguen retomemos la idea del profesor Neuman: la poca efectividad de la Corte puede estar vinculada con su forma de interpretación de la Convención.

5. Falta de apoyo regional = baja efectividad

En 2006, el entonces Secretario General de la OEA publicaba un artículo en el que destacaba la importancia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para nuestro continente, al mismo tiempo que se manifestaba preocupado por el bajo cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de la Comisión y de la Corte.

Insulza decía:

Nuestra Organización está orgullosa de su Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión), como órgano principal de la OEA, responsable de la promoción, observancia y protección de los derechos humanos en el hemisferio, ha cumplido y sigue cumpliendo funciones esenciales en el mantenimiento de nuestras democracias y la protección de nuestros habitantes. [...] A ella se agrega, con ya más de veinticinco años de actividad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia se ha ido haciendo cada vez más importante en el ámbito internacional (2006, p. 119).

Y párrafos después, luego de referirse a las recomendaciones de la Corte, el Secretario General agregaba:

Tampoco cumplen los Estados, a cabalidad, las sentencias de la Corte, aunque cuando ellas son jurídicamente vinculantes, ya que la Corte no tiene imperio en el ámbito nacional. El déficit fundamental del incumplimiento se da en la obligación de hacer justicia, es decir, investigar,

¹⁴ En otras palabras, “la falta de consenso puede sugerir que no existe una norma determinada y que la fuente de autoridad de la sentencia de la Corte puede encontrarse no en el mandato original de aplicar las obligaciones asumidas por los Estados miembros al unirse a la Convención (como los Estados miembros pueden haber llegado a entenderlas a lo largo del tiempo), sino más bien de la discrecionalidad judicial ejercida por el propio Tribunal. Obsérvese que desde la perspectiva de los Estados miembros, las normas derivadas de la discrecionalidad judicial gozan de menor legitimidad que las normas derivadas del consentimiento estatal. Además, los Estados pueden considerar que las interpretaciones que entran en conflicto con las convicciones profundamente arraigadas sobre el equilibrio apropiado que debe ser alcanzado entre valores en conflicto o sobre quién debería encontrar un equilibrio, tales interpretaciones tendrán una limitada legitimidad, y como resultado, tendrán un bajo nivel de cumplimiento” (Shany, 2014, p.156).

juzgar y castigar a los culpables. En muchos casos, los gobiernos declaran su voluntad de acatar la sentencia y de hecho sólo cumplen partes de ellas, especialmente en materia de reparación a las víctimas, pero no ocurre lo mismo con la obligación de hacer justicia. Las razones de ello van desde las dificultades creadas por el principio de “cosa juzgada” por parte de los Tribunales nacionales, a las dificultades políticas y prácticas de iniciar procesos. No obstante, el incumplimiento de las resoluciones del sistema, sea en la Comisión o en la Corte, lo daña gravemente, tanto porque mantiene situaciones de impunidad que son endémicas en la región como porque deja abierta plenamente la puerta para que los países que cumplen puedan dejar de hacerlo en cualquier momento, argumentando las fallas de otros. Este asunto preocupa desde hace tiempo a la Corte y a la Comisión, que han desarrollado distintas actividades para incrementar el acatamiento a las decisiones. Pero, en definitiva, la cuestión del cumplimiento, esencial para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es resorte de la voluntad de los países miembros y debe ser motivo de discusión y decisión política de ellos, si se quiere contar con un sistema plenamente operativo y efectivo en sus decisiones.

Estos dos párrafos, pero sobre todo el último, analizados con cuidado, ponen en evidencia la relación posible entre lo que Neuman llama un bajo interés en la búsqueda de un consenso regional con la poca efectividad de la Corte, tal como ha sido definida en el acápite anterior.

Insulza primero reconoce la importancia del SIDH. Luego, admite el problema de la falta de cumplimiento de las decisiones. A pesar de que expresa que existe la voluntad por cumplir, pone como ejemplo el problema para el cumplimiento de las decisiones en cómo se estaría interpretando el concepto de cosa juzgada: hay un consenso regional sobre una interpretación, la Corte entiende que la interpretación correcta es otra. La conclusión, las sentencias no se cumplen “a cabalidad” y lo más riesgoso es el círculo vicioso que Insulza expone: si hay estados que no cumplen lo sentenciado, ello impulsa a que otros sigan ese camino.

Es arriesgado sostener, por ser contrafáctico, que el nivel de cumplimiento hubiera sido más alto si para el ejemplo que menciona Insulza, la Corte hubiera echado mano a la búsqueda de un consenso regional.

Por otro lado, el propio ejemplo de Insulza, mirado desde una óptica más concreta, nos ofrece más argumentos para la necesidad de la búsqueda de ese consenso para aumentar la efectividad de la Corte. Ello lo demostraría los casos donde se consideró que las “leyes de amnistías” eran contrarias a la Convención Americana.

Christina Binder, por ejemplo, entiende que la interpretación de la Corte Interamericana de sus propios poderes, su jurisprudencia, ha sido aceptada en el caso de leyes de amnistía que contravengan a la CADH (2012, p. 323).

Binder repasa el impacto positivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuando decidió la anulación de procesos judiciales en virtud de leyes de amnistía en casos específicos (Chile y Perú). En estos casos las decisiones fueron cumplidas. Sin embargo, esa jurisprudencia tuvo efecto en otros países que no tenían casos concretos¹⁵. Especialmente, las razones de un “efecto derrame” pueden deberse al diseño constitucional que tienen distintos países¹⁶.

¹⁵ Binder explica que “Los tribunales nacionales de Argentina y Colombia otorgan gran importancia a la jurisprudencia sobre amnistías de la Corte Interamericana; [...] Por lo tanto, el ‘efecto derrame’ de la jurisprudencia de la Corte Interamericana parece considerable. Las leyes de amnistía no se aplican en casos específicos o es declarada inconstitucional, entre otras cosas, en base a los criterios establecidos en las sentencias de la Corte Interamericana” (2012, p. 319).

¹⁶ En palabras de Binder, “El efecto derrame’ de la jurisprudencia de amnistía de la Corte Interamericana a los Estados que no son partes en la controversia se ve facilitado por el alto rango otorgado a la CADH en las constituciones de la mayoría de los estados latinoamericanos y el carácter autoejecutable atribuido a los derechos consagrados en la Convención [...] También en los Estados que no son partes en la controversia, la jurisprudencia de amnistía de la Corte Interamericana se basa, por lo menos,

Sin embargo, Binder agrega una reflexión que me parece de mucha importancia y que de algún modo se relaciona con el argumento de Neuman: el contexto político de la región al momento de decidir los casos. Ese contexto político indicaba una suerte de consenso regional en la aceptación de la necesidad de declarar inválidas las leyes de amnistías y los procesos judiciales que las habían aplicado. Binder lo explica de esta manera:

La jurisprudencia sobre amnistías de la Corte Interamericana debe ser apreciada en el contexto del clima político favorable en América Latina, que se volvió contra la impunidad en los años noventa, culminando con el arresto de Pinochet en 1998. La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre amnistías apoyaba así los esfuerzos de los jueces nacionales, las legislaturas y los grupos de la sociedad civil para invalidar las leyes locales de amnistía. La creciente distancia hacia los gobiernos (militares) anteriores también contribuyó a un clima en el que la invalidación de una amnistía podía reunirse con apoyo tanto público como institucional. *La jurisprudencia de amnistías de la Corte fue bien recibida y generalmente acogida por la opinión pública, los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil en los respectivos estados* (p. 325, el énfasis es mío).

Lo interesante en el artículo de Binder es que el párrafo anterior lo contrasta directamente con el patrón general de incumplimiento o bajo cumplimiento de las decisiones de la Corte. Nuevamente, en palabras de Binder (p. 326),

El ejercicio de las competencias de la Corte Interamericana puede ser más controvertido en áreas donde la opinión pública está dividida y el contexto político diferente. La decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano, que declaró la sentencia de la Corte Interamericana inválida también pidió al gobierno venezolano que denunciara la CADH. Aunque la decisión del tribunal venezolano fue claramente motivada políticamente y la mayoría de sus jueces fueron nombrados por su cercanía al Presidente Chávez, demuestra que las sentencias de la Corte Interamericana, cuando se trata de cuestiones delicadas a nivel nacional, están lejos de ser discutidas, al igual que en Perú, después de la sentencia de la Corte Interamericana en Castillo Petruzzi que había condenado a cuatro chilenos a prisión perpetua por un tribunal peruano “sin cara” era una violación de las garantías del debido proceso, el régimen de Fujimori afirmó que las órdenes de la Corte eran una intrusión en la soberanía estatal y el Congreso aprobó una resolución que intentó retractar el reconocimiento del Perú de la jurisdicción de la Corte Interamericana¹⁷.

Con lo expresado hasta aquí, parecería que la idea de Neuman tendría mucho sentido: cuando existe consenso regional, las decisiones de la Corte Interamericana mejoran su nivel de cumplimiento. A primera vista, esta afirmación es obvia: si hay consenso se cumple fácilmente. Pero esta afirmación esconde otra pregunta: ¿qué se considera una decisión de fácil cumplimiento? Alexandra Huneus lo expresa de este modo:

en una orientación interpretativa, a veces se acepta como obligatoria. La jurisprudencia local muestra el impacto positivo del ‘efecto derrame’ de las sentencias de la Corte Interamericana” (2012, p. 319).

¹⁷ Estos ejemplos tal vez no sean los mejores, cuestión que no voy a profundizar en este trabajo. Sin embargo, se podrían agregar otros como, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema Argentina en el caso Fontevecchia c. Argentina. Tampoco profundizaré sobre la decisión de la Corte Argentina que, aunque reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana, manifiesta el desacuerdo con el criterio interpretativo de las competencias que tiene el tribunal internacional. El título del comunicado de prensa de la Corte Argentina habla por sí solo: “La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino”. Ver en <http://cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

Una explicación final es que los Estados cumplen órdenes que son “más fáciles” de llevar a cabo y se resisten a los pedidos más difíciles. Por lo tanto, no realizan las tareas que requieren una mayor cantidad de esfuerzo (incluido el costo) por parte del estado. Sin más elaboración, sin embargo, la llamada tesis de la dificultad plantea la cuestión de qué, exactamente, dificulta la ejecución, pues eso se convierte en el verdadero impedimento. Como se señaló anteriormente, no siempre es el caso que una orden es inherentemente más difícil de llevar a cabo sólo porque implica la acción de más actores. O, en otras palabras, y como se discutirá a continuación, es la coordinación de una tarea entre actores estatales distintos con diferentes voluntad política y entornos institucionales que plantea el desafío a la implementación (Huneus, 2011, p. 513).

De todos modos, encuentro importante el argumento de Neuman cuando sugiere la importancia de interpretar la Convención “mirando” el consenso regional, y con ello, obviamente, podría aumentar el cumplimiento de las decisiones de la Corte.

Por un lado, es claro que, ya sea de manera intuitiva o empírica, el escaso cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana aparece incontrovertido. Pero, por otro lado, llama la atención que entre las razones que estarían fundamentando esa baja efectividad, no se argumenta, en trabajos académicos (al menos claramente), que la falta de búsqueda de consenso regional en el modo de interpretación de la Corte deba, al menos, ser considerada una de las causas posibles de la falta de efectividad¹⁸.

6. Conclusiones

Basándose en la misma metodología utilizada por Basch y otros, para este trabajo se estudiaron 270 decisiones de la Corte Interamericana de 2009 a 2016. En todos los casos, las categorías de los “recursos” decididos por la Corte son las mismas que las empleadas por Basch y otros en sus propias investigaciones.

Como puede apreciarse, las variaciones totales entre el presente análisis y el realizado hasta las supervisiones de mediados de 2009, muestran que ha bajado el nivel de Cumplimiento Parcial, ha subido el nivel de Incumplimiento y ha subido apenas el nivel de Cumplimiento Total. Lo que resulta evidente es que la efectividad de la Corte no ha mejorado y que se mantiene en niveles muy bajos¹⁹.

¹⁸ Por ejemplo, Rodríguez Garavito y Kauffman, tomando en cuenta la investigación de Basch y otros dicen que: “Aunque la percepción generalizada acerca de la falta de implementación apunta a un problema real, opaca matices y diferencias que dependen de diversas variables. Los niveles reales de implementación de órdenes de reparación resultan de varios factores relacionados con el funcionamiento interno de los sistemas políticos y legales domésticos, y con la estructura, las fortalezas y las limitaciones del sistema. Adicionalmente, el cumplimiento dentro del sistema también depende de si la orden de reparación proviene de la Corte o de la Comisión, del tipo de medida ordenada, del Estado en cuestión y de las entidades implicadas a nivel nacional en la implementación” (2015, p. 282). Sin embargo, la idea de construir consenso para mejorar la implementación no deja de ser un tema a considerar para Rodríguez Garavito y Kauffman, aunque no lo dicen explícitamente como lo hace Neuman. Refiriéndose a las audiencias sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, explican que “las audiencias son un método adecuado para promover la implementación, al declarar públicamente la responsabilidad del Estado por su incumplimiento con las decisiones de la Corte. Además, encarnan el tipo de intervenciones judiciales dialógicas que aumentan la probabilidad de generar cumplimiento e impacto, en la medida en que involucran públicamente a los interesados y desatan procesos deliberativos y colaborativos de implementación” (p. 296). ¿Qué destacan Garavito y Kauffman cuando destacan la “intervención dialógica” de la Corte? Para mí destacan la necesidad de buscar un consenso sobre cómo avanzar en el cumplimiento de lo que ya se ha decidido. Ahora bien, tal búsqueda *ex post* de consenso también podría ser buscada *ex ante* como lo propuso Neuman. Es decir, la búsqueda de consenso en el proceso de las oraciones siguientes no está descartada. En otras palabras, la búsqueda del consenso es un factor importante para aumentar el cumplimiento. Esto cambia la discusión: la cuestión gira en torno a cuándo, abandonando la pregunta sobre si es relevante o no.

¹⁹ Afirmer que un porcentaje es bajo o alto, en verdad, debería hacerse con referencia a algún estándar aceptable. En este trabajo la calificación es meramente subjetiva. Un trabajo por venir pudiera consistir en hacer evaluación empírica de cumplimiento

En conclusión, podemos afirmar que sigue habiendo incumplimiento dado que empíricamente quedó nuevamente demostrado por la investigación realizada para este trabajo. La similitud en el grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte del periodo 2009-2016 con respecto al expresado en la investigación de Basch y otros es muy grande. Ello estaría demostrando que los métodos, los remedios y la efectividad de la Corte no han variado, y que la Corte o bien no fue receptiva a las críticas respecto de la efectividad de sus sentencias, o bien que lo ha intentado, pero no ha funcionado.

La búsqueda de consenso como una vía para mejorar la efectividad de la Corte tal como lo proponía el profesor Neuman en su artículo de 2008 no parece haber sido explorada.

Del análisis surge que los Estados continúan con una tendencia mayor al “Cumplimiento Total” en aquellos casos en los que hay que simplemente entregar dinero a las víctimas o cumplir con una reparación simbólica. Ello tiene su explicación en la facilidad con que el Estado puede disponer del dinero para cumplir con sentencias que no suelen imponer reparaciones dinerarias con costos prohibitivos para una economía nacional. Respecto de las reparaciones simbólicas, si bien muchas veces implican hacer reconocimientos que los Estados —o los políticos de turno— no desean realizar, también suelen ser fácilmente cumplibles. Abundan en reparaciones simbólicas las publicaciones de sentencias en diarios, o transmisión por otros medios de comunicación, colocar placas, monumentos, hacer actos públicos, etc.

Por otro lado, continúan con números altísimos los incumplimientos respecto de reparaciones económicas no dinerarias: realizar reformas legales internas a los fines de cumplir con la convención, crear programas institucionales e investigar y sancionar a los culpables de las violaciones a derechos humanos. Ello también tiene su explicación. Asiduamente, las “Reparaciones Económicas No Dinerarias” requieren del Estado poner en marcha recursos específicos que hagan cumplirlas y ya no resulta tan sencillo como entregar dinero. A la vez, en muchas ocasiones estas reparaciones necesitan muchos años para cumplirse y entonces por su misma naturaleza permanecen incumplidas o cumplidas parcialmente por varios años.

Realizar “Reformas Legales” resulta también muy gravoso para los Estados, sobre todo cuando se trata de cambiar leyes, pero aun también tratándose de decretos o procedimientos administrativos. No está del todo claro además que los Estados —pese a no exteriorizar opinión— consientan en que la Corte pueda obligarlos a reformar su legislación interna. Respecto de los casos de “Investigación y Sanción sin Reforma Legal”, las razones seguramente sean múltiples, pero se pueden enumerar la falta de recursos de los que disponen ciertos países para investigar ciertas violaciones de derechos humanos, la dificultad del tema mismo a ser investigado y, a veces, la falta de interés de los Estados en que se descubra lo que en verdad ocurrió.

Respecto de “Otros, Investigación y Sanción con Reforma Legal”, y “Medidas Preventivas Sin Especificar”, la cantidad tan baja de remedios no permiten hacer un análisis de las razones de cumplimiento total, parcial o incumplimiento.

Del análisis anterior puede extraerse una conclusión que puede contradecir la principal opinión del profesor Neuman: las decisiones de la Corte Interamericana se cumplen sin prestar atención a los argumentos jurídicos. En verdad, siguiendo el análisis anterior, se cumplen cuando son “fáciles” de cumplir, y para ello poco puede tener que ver el método de interpretación que usa la Corte Interamericana al decidir los casos.

Sin embargo, esta contradicción puede ser sólo aparente: justamente los casos con recomendaciones “difíciles” de cumplir son aquellos que proponen remedios sobre los que no hay un consenso regional sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos

de sentencias de Cortes Superiores domésticas y luego compararlo con las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Humanos que hace la Corte Interamericana.

Un ejemplo reciente proviene de un caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por un lado, la Corte Interamericana resuelve en el caso *Fontevicchia v. Argentina* que Argentina tiene que “dejar sin efecto” una sentencia dictada por la Suprema Corte Argentina. Sin embargo, la Corte Suprema argentina no aceptó el argumento de la Corte Interamericana para hacer ese tipo de orden²⁰.

En consecuencia, debería seriamente explorarse la búsqueda de un consenso regional respecto de la interpretación tanto de la competencia de la Corte Interamericana, como del contorno de los derechos que se mencionan en la Convención. Este esfuerzo sería útil para aumentar la efectividad de la Corte Interamericana, y con ello, aumentar su legitimidad²¹.

En verdad, la realidad es que la Corte busca algún grado de consenso, pero en la etapa de supervisión de las sentencias que ella decide²². Por lo tanto, la importancia del consenso es un elemento que se tiene en cuenta para aumentar el cumplimiento de las decisiones. Pero ese consenso se busca ex post.

De todos modos, debe atenderse un posible problema relacionado con la propuesta del cambio de modo de interpretación de la Corte en la que se incluya tener en cuenta el consenso regional. Puede argumentarse que, de seguir a rajatabla esta recomendación, la Corte Interamericana podría adoptar una posición sumamente conservadora. Este es un argumento que no puede dejar de tenerse en cuenta, sobre todo en una región donde el respeto a los derechos humanos y su convalidación por los tribunales locales ha sido muy cuestionado²³.

Una posible respuesta es que, para la Corte, asumiendo que algún tipo de consenso regional fuera necesario para aumentar su legitimidad, debería hacer ese esfuerzo en un número importante de casos y en la medida que su legitimidad aumente podría con mayores

²⁰ La Corte Argentina hizo una interpretación de la Convención que es similar a lo que otros Tribunales hicieron en el pasado diciendo en el párrafo 13: “En este sentido, la CADH establece que ‘[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada’. (art. 63.1. CADH) En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional” (2017, s.n.).

²¹ En todo este trabajo he hecho referencia al concepto de “consenso” como si fuera un sustantivo que debería ser explicado. En verdad, sería más propio que la idea de consenso se refiera más a un verbo que a un sustantivo, esto es a una actividad que debería hacer la Corte Interamericana como práctica habitual en sus decisiones. Esa práctica consistiría en realizar los esfuerzos para tomar en cuenta la conceptualización de los derechos, principalmente hecha por los tribunales constitucionales del país que el caso trata, pero también el resto de los tribunales constitucionales de la región. Ese esfuerzo de alguna manera se refiere a demostrar alguna “curiosidad” —como lo expresó Tracy Robinson en su trabajo presentado en el SELA 2017— en el derecho y las decisiones locales, para aceptarlas o expresamente contradecirlas. Otra forma de entender esa actividad está vinculada con la idea de “intervención dialógica” tal como se menciona en la nota anterior. De todos modos, es importante resaltar que esa descripción de la actividad, dejando afuera a otros actores que también intervienen en la interpretación de los derechos (la academia, por ejemplo) puede afectar la aceptación de la autoridad de la Corte en los términos explicados más arriba en este trabajo. Esta última aclaración me llama a dejar abierta la posibilidad de seguir reflexionando sobre los límites de la actividad en la que consiste el consenso.

²² A pesar de todo lo sostenido en este trabajo, hay algunos indicios que permitirían empezar a argumentar que la Corte Interamericana en algunos casos, antes de resolver, explora una suerte de consenso regional. Un ejemplo estaría dado por el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, resuelto en 2012. Sin embargo, esta práctica no es habitual en los mecanismos de interpretación de los derechos o incluso en la enunciación de los derechos.

²³ En verdad, Neuman se hace cargo de este argumento. En sus palabras: “Una razón evidente para la dependencia menos frecuente del ‘consenso regional’ en las Américas es la prevalencia comparativa de los abusos sistemáticos contra los derechos humanos dirigidos contra el núcleo de los derechos protegidos. Estableciendo estándares relacionados con las prácticas actuales puede producir objetivos bajos” (Neuman, 2008, p. 107).

posibilidades de impacto avanzar con algunos desarrollos interpretativos que pudieran no gozar de un consenso pleno²⁴.

En conclusión, creo que el cambio en la metodología interpretativa de la Corte como la propuesta no debe impedir que, en algunos casos, se vaya más allá del consenso regional. Pero los desafíos interpretativos deberían empezar a ocurrir una vez que la Corte aumente su efectividad, y con ello su legitimidad. En ese momento, esos casos “difíciles” posiblemente sean cumplidos justamente porque el incumplimiento será visto como algo grave para un Estado. Hasta ahora, y como lo demuestra este trabajo, los incumplimientos a lo que decide la Corte son demasiado elevados. De continuar esta tendencia, la consecuencia sería devastadora para la Corte Interamericana porque no sólo su legitimidad estará puesta en duda, sino que, y lo más importante, para los Estados dará lo mismo cumplir o no con el principal tribunal regional sobre derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Basch, Fernando et al. (2010). La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7 (12), 9-35.
- Binder, C. (2012). The Prohibition of Amnesties by the Inter- American Court of Human Rights. En Von Bogdandy A. and Venzke I. (eds.). *International Judicial Lawmaking* (pp. 295-328). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Huneus, A. (2011). Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, 44 (3), 493-533.
- Hurd, I. (1999). Legitimacy and Authority in International Politics. *International Organization*, 53, 379-408.
- Insulza, J M. (2006). Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro. *Anuario de Derechos Humanos 2006* (pp. 119-126). doi:10.5354/0718-2279.2006.13378
- Neuman, S. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 19 (1), 101-123.
- Rodriguez Garavito, C. y Kauffman, C (2015). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos* (pp. 276-317). Bogotá: Dejusticia.
- Yuval, S. (2014). Assessing the Effectiveness of International Courts. Oxford: *Oxford University Press*.

Comunicados de prensa

Corte Suprema Argentina (2017). La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal Argentino. 14 de febrero de 2017.

²⁴ En otras palabras, “Curiosamente, una vez aumentado el capital de legitimidad de la Corte, la Corte puede elegir gradualmente reducir el margen de apreciación otorgado a los estados, citando cambios en el consenso europeo o una mayor aceptación de la importancia de los valores que la Corte protege. Si bien es cierto que los cambios en las normas y los valores de la sociedad pueden ocurrir con el tiempo, también es posible que un tribunal más legítimo pueda confiar en su propia autoridad para generar el cumplimiento de los juicios de ‘alto costo’, incluso frente a concepciones competitivas de justicia Un tribunal más legítimo está mejor situado para influir” (Shany, 2014, p. 156). Ver Shany, *supra* nota 11, p. 156.

¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos

Dialogue as a weapon? The battle of regional tribunals against the fragmentation of international human rights law

BRUNO RODRÍGUEZ REVEGGINO¹
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana) sostienen un “diálogo judicial” de manera continua. Este artículo argumenta que el diálogo contribuye principalmente a dos aspectos sustanciales. Primero, es un elemento clave para evitar una fragmentación interna al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Segundo, contribuye a la legitimación de cada uno de los sistemas regionales al momento de dotar de contenido y alcance a las obligaciones existentes en los tratados constitutivos. Se concluye que, en la medida en que se amplíe el diálogo y se consolide su utilización, se permitirá dotar de mayor coherencia a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Palabras clave

Diálogo judicial / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos / Fragmentación del derecho internacional / Legitimidad de tribunales internacionales.

Summary

The Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights and the African Court of Human and Peoples’ Rights maintain an ongoing “judicial dialogue”. This article argues that the dialogue contributes mainly to two substantive aspects. First, it is a key element to avoid an internal fragmentation of International Human Rights Law. Second, it contributes to the legitimacy of each of the regional systems since it provides scope and content to the obligations established in each of the constituent treaties. It is concluded that, insofar as the dialogue is broadened and its use is consolidated, it will contribute to give more coherence to regional human rights protection systems.

Keywords

Judicial Dialogue / Inter-American Court of Human Rights / European Court of Human Rights / International Criminal Court of Human Rights and Peoples / Fragmentation of International Law / Legitimacy of International Tribunals.

1. Introducción

Cada vez con mayor intensidad puede evidenciarse el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

¹ Abogado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se recibió *summa cum laude* de la Maestría (LLM) en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos y de la carrera de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, Perú. Las opiniones vertidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva del autor y no representan de ninguna manera la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.



y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana). Este trabajo busca esbozar de manera breve los aspectos centrales de este diálogo judicial entre sistemas regionales, así como demostrar que las características de este parecen contribuir especialmente a dos aspectos sustanciales. Se sostiene que el diálogo, por un lado, sirve para contrarrestar la problemática de la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que, por el otro, busca aumentar la legitimidad de los tribunales regionales.

Este trabajo está pensado a manera de iniciar una discusión, que permita al lector preguntarse si efectivamente estos puentes tendidos a través de los continentes, pueden permitir mayor coherencia dentro del derecho internacional de los derechos humanos y mejorar la comprensión regional de éste. No se busca abordar todos los aspectos críticos sobre cómo se ha entablado el diálogo o los efectos concretos en casos específicos. En su lugar, desde una perspectiva global, evidenciando el proyecto a largo plazo que han emprendido los tribunales regionales.

En primer lugar, se establecerán las características del diálogo judicial. En segundo lugar, se planteará el problema de la fragmentación y cómo el diálogo puede contribuir a reducir esta problemática. En tercer lugar, se describirá la utilización del diálogo judicial al momento de dotar de alcance y contenido a los derechos contenidos en los instrumentos internacionales que se encuentran bajo jurisdicción de los tribunales regionales, y cómo ésta puede generar mayor legitimidad.

2. Características del diálogo

Aunque es pocas veces definido, el diálogo jurisprudencial ha sido considerado por el Juez de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como:

La práctica de las cortes nacionales e internacionales, a través de la cual se utiliza la argumentación de otras cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos y, en general, de cualquier otra norma contenida en una constitución o en un tratado (Ferrer, 2013).

Todo parece señalar que no es un concepto únicamente jurídico (García Roca, 2013, p. 223), sino que parece insertarse en un “proyecto jurídico, político y cultural” más amplio (Von Bogdandy, 2014, p. 4). Autores como Von Bogdandy o Morales Antonazzi se aproximan al concepto del diálogo desde la formación de un *ius commune*, es decir, una mirada “transformadora del derecho público”, donde no sólo el Estado es el “principal poder público, sino que las instituciones internacionales y supranacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio del poder público de los Estados” (Von Bogdandy, 2014, p. 4). En este orden de ideas la motivación principal del diálogo parece no sólo resolver los casos concretos de una manera más justa, sino también termina siendo la consolidación de un derecho común más sólido y coherente.

Partiendo de la crítica de Vergottini sobre el uso del concepto de diálogo, García Roca explica que contrariamente a un diálogo entre cortes domésticas, el diálogo entre las Cortes supranacionales tiene características especiales, ya que estos sistemas son independientes el uno del otro (García Roca, 2013, p. 223). También, Guillem Cano expresa que este tipo de interacción se ha llevado a cabo de una manera informal, y no obligatoria ya que no existe un elemento vinculante que exija estos tribunales a interactuar con miras a una retroalimentación mutua (Cano, 2015, p. 48).

Cano se refiere por ejemplo al uso por parte de los tribunales de jurisprudencia desarrollada por las otras cortes regionales para inspirarse en el momento de interpretar los

derechos reconocidos en sus respectivos textos fundamentales (p. 48). Cano también explica que el desarrollo de los derechos fundamentales es similar a un *case law*. Esto implica que los textos que contienen los derechos humanos sean interpretados en relación con el contexto, cultura, valores y realidades sociales. De esta forma, también se reconoce que el derecho internacional de los derechos humanos está en una constante evolución y debe siempre ser interpretado teniendo en cuenta el contexto (Corte IDH, 2012, *Caso Artavia Murillo “Fecundación in vitro” Vs. Costa Rica*).

Es entonces preciso identificar a continuación, sin querer establecer una definición exacta del concepto de diálogo, algunas características particulares del diálogo judicial entre las cortes regionales de derechos humanos.

2.1. Origen, reglas y principios de interpretación similares

Una de las primeras notas particulares que vemos es que el diálogo se da en sistemas que tienen un origen común, así como reglas y principios de interpretación similares. Originalmente un régimen universal bajo el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sirvió como base para el establecimiento de un reconocimiento de los derechos humanos bajo principios de indivisibilidad, universalidad y solidaridad (Zehra, 2006, p. 419). En consecuencia, la fuente de origen de los derechos que cada tribunal examina es la dignidad y el valor del ser humano. Posterior al establecimiento de la Carta de la ONU, los textos constitutivos de las tres cortes, así como las convenciones de derechos humanos que cada sistema aplica se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los derechos protegidos y aplicados por los Tribunales son similares dado que las fuentes de derecho son comunes a los tres sistemas, y los principios y reglas de interpretación provienen del derecho internacional público y las particularidades del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, en el prefacio del primer libro publicado en 2015 por dos cortes regionales, la Corte IDH y el Tribunal Europeo, “Diálogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Corte IDH y TEDH, 2015, p.3), los secretarios de los dos tribunales mencionan:

La importancia de esta cooperación debe ser reconocida, dada la similitud de los derechos y libertades protegidos por los respectivos tratados fundacionales de ambas cortes, así como la existencia en ambos sistemas de criterios de admisibilidad y principios de interpretación muy parecidos. Además, la creciente convergencia en las temáticas planteadas ante ambas jurisdicciones confiere una nueva y mayor relevancia a sus respectivas jurisprudencias (2015, p. 3).

La Corte IDH ha determinado que los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena) recogen la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales. Así, la Corte analiza en sus opiniones consultivas y en las sentencias de los casos contenciosos los siguientes aspectos de acuerdo a la Convención de Viena: a) sentido corriente del término y buena fe, b) objeto y fin del tratado, c) contexto interno del tratado, d) interpretación evolutiva y, e) otros métodos complementarios como los trabajos preparatorios de la Convención Americana (Corte IDH, 2016a, *Opinión Consultiva OC-22*, párr. 36).

La Corte IDH ha establecido “según el criterio sistemático, [que] las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Corte IDH, 2009, *Caso González y otras “Campo Algodonero” Vs. México*, parr. 191).

Adicionalmente, de acuerdo al Artículo 29 de la Convención Americana, un estudio de la interpretación evolutiva por la Corte IDH reconoce como instrumentos vivos a los tratados de derechos humanos, por lo cual la Corte debe también tener en cuenta los cambios sociales y las condiciones de vida contemporáneas cuando está interpretando la Convención Americana (Corte IDH, 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr.83).

Por su parte el TEDH también se refiere a los Artículos 31 y 33 de la Convención de Viena en la interpretación de su Convención (Carrillo, 2009, p. 663-664). El TEDH reconoce en su proceso interpretativo, la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, al igual que la Corte IDH según el Artículo 29 de la Convención Americana.

Por ejemplo en el Caso *Soering Vs. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, el TEDH estableció que cualquier interpretación de los derechos garantizados bajo la Convención Europea “debe ser consistente con el espíritu general de la Convención, un instrumento designado para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática” (TEDH, 1989, *Caso Soering Vs. Reino Unido*, párr. 87). El TEDH también ha reconocido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación deben estar acorde al cambio de los tiempos y la vida actual (TEDH, 1978, *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*, párr. 31).

La Corte Africana también tiene en cuenta al sistema universal y se refiere a la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH. El propio Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en sus Artículos 3 y 7 contiene provisiones más amplias en cuanto a la jurisdicción de la Corte, así como de las fuentes del derecho.

Es necesario ilustrar esto con un ejemplo. En su decisión de 2011 en *Rev Christopher Mitikila v. Tanzania*, la Corte Africana analizó los límites que al Artículo 27 (2), podrían tener sobre el derecho a la libre participación en el gobierno de su país, protegido bajo el Artículo 13 (1) de la Carta Africana. En la interpretación la Corte consideró dos instrumentos base del régimen universal de los derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 21 (1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés), Artículos 3 y 25.

La Corte Africana reafirmó el uso del test de proporcionalidad usado por la Comisión Africana bajo Artículo 27 (2) de la Carta Africana. El test permite evaluar si la restricción se da por una ley domestica de “aplicación general”, de manera que se hace un balance del impacto, naturaleza y alcance de la limitación frente al interés legítimo del Estado (Corte Africana, 2013, *Rev Christopher Mitikila v. Tanzania*, párr. 106.1). En su análisis la Corte Africana concluyó que este test es similar al test de proporcionalidad utilizado por el TEDH en el caso *Handyside Vs. Reino Unido* de 1976. También comparó el test usado por la Corte IDH en el caso *Baena Ricardo Vs. Panamá* de 2001 bajo los Artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana, los cuales requieren que los límites sean dados por un acto legislativo y que las restricciones sean legales y legítimas.

La Corte Africana concluyó entonces que los límites a los derechos y libertades bajo la Carta Africana son solamente aquellos bajo el Artículo 27(2) de la Carta y que dichos límites deben “tomar la forma de una ley de aplicación general y deben ser proporcionales y legítimos al objetivo” (Corte Africana, 2013, *Rev Christopher Mitikila v. Tanzania*, 2011, párr. 107.1).

2.2. Se realiza sin originarse de una obligación legal

No existe una obligación legal, ni disposición vinculante que determine la existencia del diálogo entre las cortes, pero tampoco hay una regla que restrinja esta interacción. A diferencia de otros

sistemas en los cuales los mecanismos de resolución de disputas se limitan a ciertos acuerdos internacionales aplicables únicamente al régimen, como por ejemplo la aplicación exclusiva de los textos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por su Mecanismo de Resolución de Disputas, las tres cortes regionales poseen argumentos legales objetivos que les permiten considerar en sus decisiones la jurisprudencia de otras cortes como elementos persuasivos.

La lógica no vinculante también se debe a que los tres tribunales poseen una exclusividad geográfica que les permite relacionarse entre sí de manera horizontal y con igualdad de estatus, siendo cada uno autoridad para los Estados bajo su jurisdicción. Por lo cual, el diálogo permite conocer los estándares desarrollados por cada tribunal y aplicables a sus realidades particulares, con la posibilidad de diferenciarlos de estándares usados en otra región; usarlos como inspiración, e incluso adaptarlos.

De igual manera se reconoce que el punto base de un diálogo profundo, es conocer bien a los interlocutores, así como el contexto dentro del cual matizan sus opiniones. Es necesario recordar que el diálogo se realiza de una manera horizontal y de manera no vinculatoria (García Roca, 2013, p. 76). Por ello identificamos que el diálogo entre instituciones sirve para sentar las bases de un diálogo reflejado a nivel jurisprudencial.

2.3. Es diálogo entre iguales

Los tribunales regionales, y en representación sus funcionarios y jueces, como autores del diálogo, se relacionan desde una posición de igualdad en la cual ninguno posee autoridad superior a los otros, y en el que cada uno tiene una jurisdicción regional exclusiva. Este ingrediente es indispensable para un desarrollo del DIDH capaz de adaptarse a las particularidades contextuales de cada región.

Como bien se sabe, cada tribunal fue concebido en el seno de una organización regional: la Corte IDH hace parte de la Organización de los Estados Americanos establecida en 1948; el TEDH del Consejo de Europa fundado en 1949; y, la Corte Africana de la Unión Africana que reemplazó en el 2002 a la Organización para la Unión Africana (Heyns, 2009, p. 928). Como parte de organizaciones regionales, sus estados miembros son distintos y sólo pueden pertenecer a una organización regional dependiendo de su localización geográfica. Los tres tienen función contenciosa y consultiva, y permiten peticiones individuales. Sin embargo, la Corte IDH y la Corte Africana poseen un filtro realizado por una comisión frente a la cual individuos podrían acudir. Por lo cual, solamente el Tribunal Europeo permite que individuos, grupos de individuos o ONGs se dirijan directamente a éste.

2.4. Es un proyecto político

El ex Presidente del Tribunal Europeo, Dean Spilmann señaló que el “diálogo o interacción judicial entre la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo no hubiera sido posible sin la existencia de una relación institucional fluida entre ambas jurisdicciones” (Steiner, 2014, p. 15). Asimismo, el Presidente de la Corte Interamericana, Juez Roberto F. Caldas destacó en su discurso inaugural del año judicial 2016 “que la presencia del [entonces] Presidente de la Corte Africana, Agustino Ramadani [y] del [entonces] Presidente de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luis López Guerra simbolizan las fuertes relaciones de diálogo y cooperación entre nuestras instituciones” (Caldas, 2016). Para el Presidente Caldas esto se enmarca en el “compromiso que tiene este Tribunal con el diálogo con la sociedad y las instituciones” (2016). La marcada voluntad política se ha visto materializada en diversas visitas y un programa de intercambio del personal de Secretaría entre la Corte IDH y el TEDH.

Las visitas de los jueces de la Corte IDH al TEDH y a la Corte Africana, así como

las visitas de jueces de estos tribunales a nuestra sede en San José, han permitido que los jueces intercambien experiencias y puntos de vista sobre las similitudes entre los tribunales regionales, así como los retos comunes o particulares en cada una de las respectivas jurisdicciones. Por ejemplo, en 2012 y 2016 la Corte IDH recibió visitas de delegaciones de jueces del TEDH en la sede en San José de Costa Rica. De igual manera, jueces de nuestra Corte han visitado el TEDH en 2011, 2012, 2014 y 2015.

En cuanto a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su sede, recibió la visita de la Corte Interamericana, por el entonces Presidente, Juez Augustino Ramadhani en el 2012 y 2016. Asimismo, en noviembre de ese mismo año, los jueces de la Corte IDH y el Secretario, visitaron la Sede de la Corte Africana en Arusha. En 2016 se firmó un convenio de cooperación entre ambas instituciones. En octubre de 2015, miembros de la Secretaría de la Comisión Africana también visitaron San José en el marco de un programa de capacitación dictado por funcionarios de la Secretaría de la Corte Interamericana sobre aspectos centrales de la jurisprudencia, así como cuestiones administrativas y de procedimiento.

Adicionalmente, bajo un convenio firmado en 2013 entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo, se estableció un programa de intercambio de abogados, mediante el cual un abogado de cada respectivo tribunal visitó al otro durante algunos meses para así profundizar y familiarizarse con los procedimientos, jurisprudencia, y dinámicas de la otra región. El abogado visitante se incorporaba a un equipo de trabajo, y además de realizar funciones cotidianas del tribunal, se buscaba identificar buenas prácticas aplicables al trabajo de ambos órganos (Corte IDH, 2016b, *Informe Anual 2016*, p. 194).

2.5. Los objetos del diálogo están en constante evolución

La naturaleza cambiante de los derechos humanos invita a una interacción constante entre órganos de toma de decisiones en materia internacional. Como habíamos señalado, la Corte IDH y el TEDH han reconocido a los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos. Más adelante, se detallará algunos ejemplos del diálogo entre tribunales que ha permitido actualizar el derecho interamericano y europeo y cómo este instrumento permite la legitimación de los nuevos contenidos y alcance del que se dota a estos derechos.

2.6. Se enmarca en un contexto de diálogo entre tribunales nacionales

El diálogo entre cortes regionales se enmarca en un fenómeno aún mayor de “comunicación transjudicial”, que se da en diversos niveles, tanto locales, nacionales e internacionales (Slaughter, 1994). En el ámbito interamericano se ha desarrollado especialmente la doctrina del control de convencionalidad que permite catalizar este diálogo (González, 2014, p. 34), mientras que en el sistema europeo se evidencia a partir de la noción de consenso regional (Neuman, 2008, pp. 101-123). Las implicancias de este diálogo judicial en el ámbito interamericano han llevado a algunos autores a enmarcarlo dentro de un ambicioso proyecto de formación de un derecho común latinoamericano o “*ius commune* latinoamericano” (Von Bogdandy, 2014).

3. El problema potencial de la fragmentación del DIDH

Uno de los principales desafíos por los que atraviesa el Derecho Internacional es su fragmentación. La Comisión de Derecho Internacional ha identificado tres formas de conflictos legales producidos por la fragmentación del derecho internacional público: aplicaciones particulares de principios interpretativos que difieren del derecho internacional general, la aplicación de una ley particular en vez de una general, y un enfrentamiento entre

dos obligaciones internacionales aplicables pero provenientes de regímenes especializados distintos (Comisión en Derecho Internacional, 2006, párr. 447).

Una cuarta forma de fragmentación que nos preocupa tiene relación con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Esta es una fragmentación interna producida por la multiplicidad de tratados y órganos de decisión con capacidad de interpretación e implementación. En este contexto, el contenido de un derecho que ha sido reconocido en varios tratados puede ser definido de maneras distintas (Garlicki, 2012, p. 27). Por ello, a pesar de un aparente reconocimiento general *de jure* de un derecho, es posible que *de facto* no se entiendan las mismas protecciones a los individuos y deberes de los Estados para la realización efectiva de dicho derecho.

El derecho internacional es un sistema legal de naturaleza descentralizada (Dauvergne, 2007, p. 540). A diferencia del orden doméstico, a nivel internacional, no existe una constitución global, un legislador o una corte suprema capaz de resolver conflictos entre las distintas ramas del derecho internacional público, o reconciliar la creciente multiplicidad de regímenes internacionales que se desarrollan de manera aislada los unos de los otros. Pauwelyn explica que en este contexto los Estados actúan frecuentemente como legisladores en distintos escenarios. Esta capacidad de los Estados se fundamenta en el carácter soberano de cada Estado, junto con los principios de igualdad, el principio de auto preservación, y de no intervención en los asuntos internos de cada Estado. Entonces, la aplicación de las leyes creadas a nivel internacional por acuerdo entre soberanos, corre el riesgo de que a pesar de que el tratado haya sido incorporado y reconocido en el orden legal doméstico, distintos tribunales internacionales pueden interpretar el contenido de los derechos de una forma desigual.

No sólo existe una extensa variedad de tratados internacionales, sino también de regímenes con sus propios tribunales, cada cual cuenta con capacidad de decisión y autoridad de interpretación. Así, por ejemplo, el mecanismo de resolución de disputas de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y los Tribunales Regionales de derechos humanos; caso que nos concierne en el presente artículo.

En este contexto, la fragmentación se entiende como una “situación en que distintas medidas de políticas públicas se sobreponen en el contexto legal internacional” (Trachtman, 2013, p. 45). Una vez que dichas medidas se aplican simultáneamente hay posibilidades de conflictos entre las leyes aplicables, las cuales, aunque contradictorias o contrarias entre sí, son individualmente válidas y legítimas. Por lo cual, la manifestación más problemática de la fragmentación es la imposibilidad de implementar o de hacer cumplir simultáneamente leyes incompatibles.

Normas potencialmente conflictivas son aquellas con carácter vinculante que han sido aceptadas por los Estados, específicamente en casos en los cuales un adjudicador internacional se encuentra frente a dos normas aplicables a la misma situación, pero contradictorias, y una interpretación armónica no sea posible (Pauwelyn, 2003, p. 6). En el caso de los derechos humanos no es necesario que se llegue a un conflicto para entender las dificultades de la fragmentación.

Se ha reconocido que a pesar de que los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se basan en el sistema universal, los textos que cada sistema interpreta contienen diferencias “esporádicamente sustanciales” las cuales también provocan cambios en el contenido de los derechos al momento de interpretar (García Roca, 2012, pp. 79-83).

Por ello, la misma particularidad del régimen de los derechos humanos nos enfrenta al desafío de conciliar dos intereses esenciales en un contexto fragmentado: primero, lograr la implementación de los derechos por distintas jurisdicciones, teniendo en cuenta las

particularidades contextuales y regionales; y segundo, mantener una coherencia entre las interpretaciones hechas por cada tribunal regional. Lech Garlicki, antiguo juez del TEDH, escribió recientemente sobre el riesgo de que el TEDH se vuelva autónomo y autárquico en relación con el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia “aquellos estándares judicialmente elaborados comienzan a diferenciarse de los estándares internacionales adoptados a nivel mundial”, en este orden de ideas especificó:

Standards emerging from the judicial interpretation of the European Convention are not necessarily the same as standards resulting from the interpretation of other, universal and regional, human rights instruments.

In consequence, the human rights adjudication in Europe is developing mostly through a concurring application of the European Convention and national constitutional instruments (Garlicki, 2012, p. 34).

No obstante, el fenómeno de la fragmentación no es en sí mismo un problema. De hecho, algunos autores mencionan que la concepción de la fragmentación como una dificultad para el derecho internacional, se basa en la idea errónea de que el derecho internacional debe constituir un conjunto homogéneo. Koskeniemi explica que la idea de una unidad de las leyes internas es ajena a los ordenamientos domésticos en los cuales existe una jerarquía entre cortes de distintos niveles, en los que cortes supremas se encargan de reconciliar principios, y contradicciones entre leyes aplicables simultáneamente (Koskeniemi, 2005).

Por ello, sin tener que recurrir a una unificación sistemática del DIDH, el diálogo entre los tribunales regionales se presenta como una herramienta que reconoce la jurisdicción exclusiva de cada tribunal regional en su respectivo continente; da la flexibilidad a cada tribunal del nivel de consideración de los estándares, interpretaciones y procedimientos de otras cortes; pero, al mismo tiempo, permite una actualización y conversación constante entre los tres sistemas. Además, esta discusión se complementa con el principio de subsidiaridad que nutre a los sistemas regionales, en el sentido de que no necesariamente todas las respuestas a las problemáticas similares en cada región deben ser iguales, sino que se debe permitir cierto margen de apreciación atendiendo a las propias características: sociales, históricas, jurídicas, e incluso económicas de cada región. Por lo que, en tanto el diálogo no es vinculante, permite ahondar en lo más necesario, es decir, en la comunicación, y alejarse en cuanto implique una respuesta propia de un sistema regional determinado.

4. El diálogo como factor de legitimación

Como vimos, los tribunales regionales están facultados para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus instrumentos constitutivos. Éstos, al momento de resolver casos concretos, a su vez, desarrollan el alcance y contenido de los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos. Esta labor, permite actualizar los contenidos propios de la Convención Americana, reconociendo incluso derechos implícitos (Gross Espiell, 2000, p.46) cuando sea necesario. Tal como habíamos señalado, se considera que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”. A continuación, me referiré a dos ejemplos en los cuales se ilustra la evolución de dos derechos protegidos bajo la Convención Americana y los otros sistemas regionales.

4.1. Determinación del inicio de la vida

En el caso *Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* la Corte IDH examinó el contenido de la definición de la protección del derecho a la vida bajo el Artículo 4.1 de la

Convención Americana, en el contexto de derechos sexuales y reproductivos. Este fue el primer caso ante la Corte IDH sobre el tema, desarrollado bajo hechos que ocurrieron en Costa Rica a partir del 15 de marzo de 2000 cuando la Corte Suprema declaró como inconstitucional y anuló el Decreto Ejecutivo del Ministerio de Salud que permitía y regulaba una técnica de fecundación in vitro (FIV). Como argumento principal en la decisión de la Corte Suprema, la protección absoluta del derecho a la vida no permitía la FIV debido a la pérdida de embriones que esta podía ocasionar. El Artículo 4.1 señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Convención Americana, 1969).

La Corte IDH analizó en detalle el argumento principal desarrollado por Costa Rica: “la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del ‘derecho a la vida’ del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones” (Corte IDH, 2012, *Caso Artavia Murillo “Fecundación in vitro” Vs. Costa Rica*, párr. 162). En su análisis el Estado de Costa Rica argumentó que la prohibición no era absoluta, pero que se limitaba a la técnica específica bajo el Decreto Ejecutivo. En este sentido el Estado interpretó el Artículo 4.1 de la Convención entendiendo que debido a que “en un porcentaje considerable de los casos” los embriones considerados como vida humana no eran viables (2012, párr. 155).

En su análisis la Corte examinó con detenimiento la interpretación que el Estado hizo del Artículo 4.1 respecto a la palabra “concepción”, dando especial consideración al criterio que guarda la Corte IDH en América Latina como intérprete último de la Convención. Por ello la Corte IDH examinó si la interpretación del Estado era admisible a la luz de la Convención y considerando las fuentes de derecho internacional pertinentes.

En esta ocasión el Estado también argumentó que otros tratados exigen la protección absoluta de la vida prenatal, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entonces, la Corte IDH analizó lo dispuesto por el Sistema Universal, el europeo y el africano (2012, párr. 192). Para ello, la Corte citó el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y la jurisprudencia de ambos sistemas; solamente el TEDH contaba con precedentes. La Corte IDH citó el *Caso Vo. Vs. Francia*, en el que el TEDH dictó que el embrión o feto requiere protección en nombre de la dignidad humana “sin hacerlo en nombre del ‘derecho a la vida’” (TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, 2004, párrs. 75, 82, 84 y 85). Dicho pronunciamiento es reiterado en el *Caso Evans Vs. Reino Unido*: “un embrión no tiene intereses y no puede alegar —o alegar en su nombre— un derecho a la vida” (TEDH, 2007, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, párr. 54).

Luego de haber analizado los sistemas regionales y el sistema universal, y de haber utilizado otros métodos de interpretación, la Corte IDH concluyó que “concepción” bajo el Artículo 4.1 de la Convención Americana empieza cuando el embrión se implanta al útero, por lo que la interpretación del Estado de Costa Rica no fue adecuada.

3.2. Las características de la esclavitud contemporánea

El significado de la esclavitud contemporánea es un ejemplo ideal de la evolución constante de los derechos humanos a través de cambios históricos y sociales, según fue establecido por la Corte IDH en el *Caso Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, de 2016. Para su análisis la Corte IDH realizó un amplio diálogo con otros tribunales y órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Si bien la prohibición de la esclavitud ha sido reconocida como *ius cogens*, la Corte ha seguido el reconocimiento internacional de la prohibición de la esclavitud como

norma imperativa del derecho internacional la cual conlleva a obligaciones *erga omnes* y cuyo contenido debe desarrollarse a la par de los cambios sociales y contextuales.

La Corte IDH estableció nuevos estándares en cuanto al contenido de la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas, dado que este fue el primer caso contencioso que este Tribunal conoció al respecto. En particular, la Corte consideró:

Útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en las varias ramas del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos (2016, párr. 112).

En su análisis, la Corte consideró la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros. También citó la jurisprudencia del TEDH, en el Caso *Rantsev Vs. Chipre y Rusia* donde el TEDH se apartó de una definición clásica de esclavitud, para así reconocer la evolución que este concepto ha tenido, tal como lo había interpretado inicialmente el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia en el *Caso Kunarac*. La Corte IDH se refirió a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su *Caso Malawi African Asociación y otros Vs. Mauritania* para ver cómo se identificaban en el sistema africano las prácticas análogas o contemporáneas a la esclavitud.

Adoptando un criterio distinto al sentido tradicional de la esclavitud, que suponía la propiedad en sentido formal sobre una persona, la Corte IDH concluyó que de acuerdo al desarrollo del concepto de la esclavitud debe mirarse los hechos concretos, teniendo en cuenta como base, la manifestación de “atributos del derecho de propiedad”; de una manera similar a lo decidido por el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la exYugoslavia. Entre estos elementos se encuentra la restricción o control de la autonomía individual y el uso de violencia física o psicológica. En esta misma línea, la Corte IDH identificó a la servidumbre como análoga a la esclavitud, así como la trata de esclavos y de mujeres, y el trabajo forzoso cuando cumple con los elementos descritos en el *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*.

Ambos ejemplos nos permiten dar cuenta de una voluntad marcada por parte de la Corte Interamericana de dotar a sus decisiones de un amplio razonamiento, donde se incluyen sentencias de otros tribunales, tanto nacionales como internacionales. Esto, con el fin de actualizar los derechos y poder resolver el caso en concreto, de manera justa.

4. Conclusiones

Sostiene Von Bogdandy que el diálogo “conlleva ante todo la necesidad de justificar sus resoluciones fundamentándolas en argumentos suficientes” (Von Bogdandy, 2014, p. 21). Para él, tradicionalmente las decisiones tomadas por los tribunales se fundamentaban en su propia autoridad, sin embargo, “en el nuevo derecho público, los tribunales deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión” (2014, p. 21). Coincide con el profesor alemán la recientemente electa Comisionada interamericana, Flavia Piovesan, al señalar además que el “profundo diálogo del Sistema Interamericano con la sociedad civil, [...] confiere legitimidad social gradual y creciente empoderamiento” (Piovesan, 2014, p. 75).

Tal como señalan Carozza y González “la protección universal de la dignidad humana y los derechos humanos es un proyecto plural” (Carozza, 2017, p. 436), donde los tratados,

principios y reglas tienen que ser traídos a la vida en diferentes formas. El diálogo constituye un camino iniciado, pero no terminado para tender puentes entre los sistemas y contribuir a la formación de espacios comunes con aras a ampliar el espectro de protección de los derechos humanos. Como habíamos mencionado, algunos autores como Von Bogdandy, Morales Antonazzi y Piovesan sitúan al diálogo en el centro de un proyecto más grande, que es la consolidación de un sistema de “derecho común” (Von Bogdandy, 2014). Ciertamente, la idea del diálogo no sólo está inserta en las decisiones tomadas por los tribunales, sino también es un proyecto político. En este sentido, esta narrativa a favor del diálogo, consta en los discursos de los Presidentes de los tribunales, intercambios de personal entre las Secretarías o su participación en eventos académicos.

En el ámbito del diálogo con tribunales nacionales, es un hecho que dentro de los propios Estados puedan existir ciertas resistencias políticas o incluso jurídicas en la implementación de las decisiones de tribunales regionales. Un ejemplo de ello es el caso *Hirst Vs. Reino Unido* sobre el voto de los condenados a prisión, que aún no ha encontrado cumplimiento y ciertamente las declaraciones públicas dan cuenta de que no parece existir una voluntad de cumplir con lo ordenado por el TEDH. En el caso americano, lo ocurrido este año en la sentencia *Fontevéchia d'Amico Vs. Argentina*, donde la Corte Suprema de la Nación Argentina consideró que no correspondía dejar sin efecto una sentencia suya, como parte de la reparación de la Corte IDH, permite también dar cuenta de estas posibles tensiones. Sin embargo, es el propio diálogo el que parece imponerse a la hora de buscar soluciones que permitan hacer efectivas estas decisiones. Por lo que todo parece indicar que el diálogo llegó para quedarse.

Volviendo al diálogo entre tribunales regionales, en ninguno de los tres sistemas parece existir una metodología clara para su utilización, por lo que resulta difícil vislumbrar reglas determinadas para su implementación. El que sea un diálogo entre iguales, no vinculante y cuyo objeto está en constante evolución, parece dotar de suficiente flexibilidad a quienes lo utilizan, generando incentivos para seguirlo considerando importante.

Si bien parece responder a casos particulares, el diálogo, visto desde una perspectiva más global, permite dar sentido de coherencia y universalidad a las decisiones de los tribunales regionales y afianzar su legitimidad. Como Zehra Kabasakal argumenta, el hecho de que individuos de distintas culturas participen en actos deliberativos con la meta de generar consensos, es necesario en la construcción de una cultura global de derechos humanos (2006, p. 424).

Por tanto, en la medida en que se aumente e intensifique este diálogo se podrá ir ampliando la coherencia y legitimidad entre los sistemas regionales. No está de más decir que el diálogo contribuye directamente a una mejor comprensión e implementación de los derechos humanos, que es sin lugar a dudas uno de los principales retos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas:

- Cano, G. (2015). Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En M. Revenga y P. Cuenca (eds). *El tiempo de los Derechos. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Madrid: Editorial Dykinson. <<https://doi.org/10.7203/cefd.34.9410>>.
- Carozza, P. y González, P. (2017). The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. *International Journal of Constitutional Law*, 15 (2), 436-442. <<https://doi.org/10.1093/icon/mox021>>.

- Carrillo, J. (2009). The European Convention on Human Rights. En F. Gómez, y K. De Feyter, (eds.). *International Human Rights Law in a Global Context*, (pp. 663-664). Bilbao: Deusto University Press.
- Dauvergne, C. (2007). *Security and Migration Law in the Less Brave New World. Social & Legal Studies*. Canada: University of British Columbia. <<https://doi.org/10.1177/0964663907082734>>.
- García, J., Nogueira, H. y Bustos, R. (2012). La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. En J. García, P. Fernández, P. Asantolaya y R. Canosa (eds.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos* (pp. 79-83). Madrid: Civitas-Thompson Reuters.
- García, J. (2013). El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. En F. Mac-Gregor y A. Herrera (eds.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo* (pp. 219-241). Valencia: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Garlicki, L. (2012). Conferencia Introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue. En J. García y A. Coral (Eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (pp. 27-64). Madrid: Civitas.
- González, P. (2014). *La implementación de la Convención Americana de Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- Gross Espiell, H. (2000). Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el Artículo 29 C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, 145-172.
- Heyns, C., Padilla, D. y Zwaak L. (2009). A Schematic Comparison of Regional Human Systems. En F. Gómez, y K. De Feyter, (eds.). *International Human Rights Law in a Global Context* (pp. 163-171). Bilbao: University of Deusto. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100010>>.
- Kabasakal, Z. (2006). *Forging A Global Culture of Human Rights: Origins and Prospects of the International Bill of Rights*. Maryland: The Johns Hopkins University Press. <<https://doi.org/10.1353/hrq.2006.0014>>.
- Koskemiemi, M. (2005). *Global Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Neuman, G. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law* (pp. 101-123). <<https://doi.org/10.1093/ejil/chn002>>.
- Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press. <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511494550>>.
- Piovesan, F. (2014). Derechos Humanos e impacto del Sistema Interamericano. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales (eds.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 61-84). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. <<https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>>.
- Slaughter, A. M. (1994). *A Typology of Transjudicial Communication*. Richmond: University of Richmond Law Review.

- Steiner, C y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Fundación Konrad Adenauer y Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.
- Trachtman, J. (2013). *The Future of International Law: Global Government*. Cambridge: Cambridge University Press. <<https://doi.org/10.1017/cbo9781139565585>>.
- Von Bogdandy, A. (2014). Ius Constitutionale Commune Lationamericanum. Una Aclaración Conceptual. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales (eds.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. <<https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>>.

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU (1945). *Carta de la ONU*. Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco..
- (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París.
- Comisión de la Unión Africana (1995). Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Protocolo de Maputo), adoptada el 11 de julio del 2003 en Maputo.
- Comité creado por la Organización para la Unidad Africana [en la actualidad reemplazada por la Unión Africana] (1981). Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de julio de 1981 en Banjul.
- Consejo de Europa (1950). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos), adoptada el 4 de noviembre de 1950.
- ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés). Adoptado el 16 de diciembre de 1966 en Nueva York.
- (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). adoptada el 23 de mayo de 1969 en Viena.
- OEA (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita, el 22 de noviembre de 1969 en San José
- OMC (1994). Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

Legislación

- Ministerio de Salud de Costa Rica (1995). *Decreto Ejecutivo. No. 24029-S*. Emitido el 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta No.45 del 3 de marzo de 1995.

Sentencias

- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2013). *Caso Rev Christopher Mitikila v. Tanzania*, Aplicaciones 009/2011 y 011/2011. Sentencia de 14 de junio de 2013.
- Corte IDH (2001). *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- (2006). *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006.

- (2009). *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43.
- (2011). *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257
- (2016). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.
- Corte Suprema de Costa Rica (2000). *Inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995*. Sentencia de 15 de marzo de 2000. No. 2000-02306. Expediente No. 95-001734-007-CO.
- Grand Chamber (2005). *Caso Hirst Vs. Reino Unido No. 2 (Application no. 74025/01)*. Sentencia de 6 de octubre de 2005.
- TEDH (1976). *Caso Handyside Vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- (1978). *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de abril de 1978. Serie A No. 72.
- (1989). *Caso Soering Vs Reino Unido*. Sentencia de 7 de julio de 1989. Serie A, No. 161.
- (2004) *Caso Vo. Vs. Francia* (No. 53924/00), GC. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- (2005). *Caso Siliadin Vs. Francia* (No. 73316/01). Sentencia de 26 de julio de 2005.
- (2007). *Caso Evans Vs. Reino Unido* (No. 6339/05). Sentencia de 10 de abril de 2007.
- (2010). *Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia* (No. 25965/04). Sentencia de 7 de enero de 2010.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (2001). *Caso Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač y Zoran Vuković* (No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T). Sentencia de 22 de febrero de 2001.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Caldas, R. F. (2016). *Acto inaugural del Año Judicial Interamericano 2016. Celebración del 113 Período Ordinario de Sesiones*. San José, Costa Rica. 15 de febrero a 2 de marzo de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_04_16.pdf
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2000). *Caso Malawi African Association y Otros Vs. Mauritania*, Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98. Decisión de 11 de mayo de 2000.
- Corte IDH (1999). *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16
- (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Serie A No. 21. — (2016a). *Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016*. Serie A No. 22.
- (2016b). *Informe anual 2016*, p. 194.
- Corte IDH y TEDH. (2015). *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Corte Europeo de Derechos Humanos*. Países Bajos: Wolf LP.
- ONU (2006). Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*. UNGA A/CN.4/L.682. Agosto de 2006.

Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos

The good, the bad, the ugly, and the desirable in the (s)election of members of the Inter-American Human Rights Commission and Court

KARLOS A. CASTILLA JUÁREZ¹
 Universitat de Barcelona

Resumen

Los procesos de elección de quienes integran la Comisión y Corte interamericana de derechos humanos son uno de los temas que, a pesar de su importancia, menos análisis y debate han generado cuando se habla de fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos. Por esa razón, en este artículo se busca llenar algunos de esos vacíos a partir de describir y analizar dichos procesos por medio de la identificación de lo positivo, lo negativo y lo reprochable que tienen. Una vez establecido eso, y buscando generar debate, en el artículo se hace una propuesta respecto a cómo sería deseable que se desarrollaran esos procesos de elección, no sólo ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, sino también desde los procesos nacionales que se deberían seguir para tal fin.

Palabras clave

Juez interamericano / Comisionada interamericana / Elección / Designación / Corte Interamericana / Comisión Interamericana / Derechos Humanos.

Summary

The election process of members of both the Inter-American Human Rights Commission and the Court is one of the topics that, despite its importance, has been scarcely analyzed and debated when discussing how to strengthen the Inter-American Human Rights System. For that reason, this paper seeks to fill some of these gaps by describing and analyzing election processes and, at the same time, identifying the positive, the negative and the reprehensible aspects of such processes. After that, and seeking to generate debate, this paper proposes how the election process should be developed, not only within the General Assembly of the Organization of American States, but also national nomination processes.

Keywords

Inter-American Judge / Inter-American Commissioner / Election / Appointment / Inter-American Court / Inter-American Commission / Human Rights.

1. Introducción

Si de éxito y eficacia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) queremos hablar, de lo que menos deberíamos ocuparnos es del funcionamiento de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos (la Comisión o CIDH y la Corte, respectivamente), pues la menor presencia e intervención de estos órganos significaría que los Estados Parte a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) están cumpliendo con sus

¹Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor en derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Investigador visitante en la Universitat de Barcelona.



obligaciones y, por tanto, que ante esa eficacia interna del tratado, su objeto y fin se cumplen, haciendo innecesario que subsidiariamente los órganos del SIDH se vean obligados a ejercer sus facultades y a tener un papel protagónico. Pero eso sería en una América ideal, ya que por desgracia la realidad nos muestra que los Estados no cumplen, ni han cumplido con sus obligaciones internacionalmente adquiridas en materia de derechos humanos.

Ante esa realidad, lo que hacen, cómo lo hacen y los efectos que tiene la actuación de la CIDH y la Corte se convierten en un punto central de análisis y observación, especialmente cuando se piensa en fortalecer al SIDH. Pero teniendo siempre claro que el fortalecimiento del SIDH no pasa sólo por una mejora presupuestal, ya que eso es tan sólo uno de los muchos elementos a tener en cuenta, pero no la base de todo.

Lo anterior es importante destacarlo ahora que la Asamblea General (AG) de la Organización de Estados Americanos (OEA) reunida en Cancún, México, decidió aumentar gradualmente el presupuesto de los órganos del SIDH hasta duplicar en el término de tres años los recursos del Fondo Regular que se destinan a dichos órganos². Con lo que parece que al menos por un tiempo el tema económico dejará de ser el problema principal. Pero la eficacia de la CADH en los ámbitos nacionales, el adecuado funcionamiento de CIDH y Corte o el cumplimiento de lo que estos órganos ordenan, va más allá de tener o no un buen presupuesto, son cuestiones que involucran voluntad política, responsabilidad jurídica y legitimidad en el actuar.

En ese sentido, antes de evaluar en concreto la forma en que funcionan la CIDH y/o la Corte y hacer propuestas respecto a cómo podrían mejorar su trabajo, la efectividad de sus decisiones o cualquier otro aspecto vinculado con sus facultades y competencias, es imprescindible poner atención en los procesos de selección de las personas que dan vida, rostro y acción a dichos órganos.

Los procesos de selección de integrantes de la CIDH y la Corte han sido de poco interés en el ámbito académico Latinoamericano (Schönsteiner, 2007; Salaza y Roht-Arriaza, 2017), a pesar de su importancia. Pero tampoco han sido de interés en ámbitos político-diplomáticos³, ni siquiera cuando se ha hablado de fortalecer al sistema o a alguno de esos órganos⁴. Sólo desde algunas organizaciones de la sociedad civil (CEJIL, 2005; DPLF, 2013; CEJIL, 2014) e investigadoras de otras regiones (Burgogue-Larsen, 2015) se ha visto un poco de interés en este tema, aunque tampoco se han debatido todos sus ángulos a fondo.

Ante esa situación, en este artículo buscaré mostrar un panorama completo de esos procesos que históricamente han sido más un intercambio de votos y acuerdos políticos, que un escrutinio de los mejores perfiles o selección por méritos. Pero también, propondré algunas ideas que podrían transformar, mejorar y fortalecer de manera real a la CIDH y la Corte a partir de su integración, dándoles mayor calidad, transparencia y legitimidad.

Con ese fin, en primer lugar, estableceré de manera sencilla qué es lo que establecen las normas que regulan los procedimientos de selección y elección para integrar la CIDH y la Corte. En segundo lugar, destacaré en tres apartados lo bueno, lo malo y lo feo de esos procedimientos, a partir de describir la forma en la cual se llevan a cabo, lo que nos muestra

² Véase Asamblea General de la OEA (2017). AG/RES. 2908 (XLVII-O/17). Promoción y protección de derechos humanos.

³ En la misma resolución, antes citada, se ha mostrado interés en el equilibrio de género, representación de diferentes sistemas jurídicos en la integración y por mejorar transparencia en procedimientos. Pero más allá de esos temas no hay un análisis, ni ninguna evaluación.

⁴ Véase por ejemplo: Asamblea General de la OEA (2012). AG/doc.5310/12. Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente; en donde no se hace referencia alguna a ese tema.

la experiencia de observar dichos procedimientos por varios años y lo derivado de entrevistar a algunos de sus actores desde diferentes ámbitos. En tercer lugar, formularé una propuesta de lo que considero sería deseable para mejorar esos procedimientos y, finalmente, estableceré algunas ideas a manera de conclusión.

2. La (s)elección de comisionadas, comisionados, jueces y juezas en el SIDH de acuerdo con las normas que los establecen y regulan

Lo primero que debemos tener presente es que la cabeza visible de la CIDH está formada por 7 personas, además de una responsable de la Secretaría. Todas son electas a título personal por periodos de cuatro años con posibilidad de una reelección. En la Corte ocurre lo mismo, con la diferencia de que el periodo por el que se les eligen es de seis años, también con una posibilidad de reelección.

Los procesos para elegir integrantes de la CIDH y la Corte no son iguales a pesar de tener algunos elementos comunes. La razón de sus diferencias radica, por una parte, en que la CIDH no sólo es un órgano de la CADH sino también es un órgano de la OEA (Carta de la OEA, 1948, Art. 53) con lo que en su integración participan directamente todos los Estados que forman parte de la OEA y no sólo quienes son Parte de la CADH. Por otra parte, en su naturaleza jurídica, ya que la Corte a diferencia de la CIDH sí requiere que quienes la integren tengan conocimientos jurídicos al tratarse de un tribunal, mientras que en la CIDH eso no es un requisito imprescindible.

2.1. Requisitos y procedimientos para integrar la CIDH

Al hablar de los requisitos que se deben satisfacer para integrar la CIDH es común el centrarse sólo en el análisis de lo que establece el artículo 36 de la CADH y 3 del Estatuto CIDH. Sin embargo, una comprensión integral no puede perder de vista lo establecido en los artículos 35 y 36 de la primera, así como los artículos 3 y 8 del segundo. Es de este conjunto normativo de donde derivan los requisitos mínimos que se deben satisfacer⁵.

Pero también, es común sólo poner atención en el *procedimiento ordinario* de elección que se sigue de acuerdo con los artículos 36 a 38 de la CADH y 3 a 8 del Estatuto CIDH⁶, dejando de lado el *procedimiento extraordinario* de elección previsto para el caso de que ocurran vacantes por cualquier razón distinta a la expiración normal del mandato de cuatro años, previsto en los artículos 38 de la CADH y 11 del Estatuto CIDH⁷.

En ese sentido, si se busca dar soluciones y propuestas integrales en el tema bajo análisis, debemos tener en cuenta todo el conjunto de normas y procedimientos vigentes aplicables, y no sólo aquéllos que consideremos los más importantes.

2.2. Requisitos y procedimientos para integrar la Corte

Situación similar a la antes descrita ocurre en el caso de la Corte, en donde se centra la atención en los requisitos establecidos en los artículos 52 de la CADH y 4 del Estatuto de la Corte, pero poco se profundiza en lo establecido en el artículo 18 del referido Estatuto. En ese sentido,

⁵ Los requisitos se pueden concretar de la siguiente forma: (1) Tener alta autoridad moral; (2) Tener reconocida versación en materia de derechos humanos; (3) Tener la nacionalidad de cualquier país miembro de la OEA; (4) No desarrollar actividades que pudieren afectar su independencia, imparcialidad, dignidad o prestigio de su cargo en la Comisión.

⁶ Procedimiento que no debemos olvidar debe iniciar seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, previa a la terminación del mandato de las personas integrantes de la Comisión.

⁷ Procedimiento que debe iniciar en cuanto se produzca la vacante y que no se desarrolla si el periodo a cubrir es menor de seis meses.

es de ese conjunto de normas de donde se deben derivar la totalidad de requisitos que deben satisfacer las personas que aspiren a integrar la Corte⁸.

En cuanto a los procedimientos, no sólo se puede poner atención en el *procedimiento ordinario* para la elección de integrantes de la Corte, de conformidad con los artículos 53 y 54 de la CADH y 4 a 9 del Estatuto de la Corte⁹, sino también en el *procedimiento extraordinario*¹⁰, que es más bien excepcional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 del referido Estatuto¹¹. Pero también, en el procedimiento para los demás casos de *vacantes* en la Corte causadas por muerte, incapacidad permanente, renuncia o remoción¹². Dejo de lado intencionalmente el procedimiento de designación de *jueces ad hoc*, pues su elección no seguía un procedimiento en el que interviniera alguno de los órganos de la OEA, sino que era una decisión unilateral de cada Estado que les proponía¹³.

Pero en todo caso, insisto, en este tema debemos analizar las diferentes variantes existentes y con posibilidad de ser puestas en marcha, y no sólo aquéllas que pueda establecer la agenda política que busquen impulsar organizaciones o Estados.

3. Lo bueno

Encontrar la parte positiva que nos ha dejado hasta hoy el proceso de (s)elección de integrantes de la CIDH y la Corte es sencillo. En primer lugar, dicho proceso ha permitido que ambos órganos continúen funcionando y que se mantengan como un referente en la protección de los derechos humanos en el continente americano. En segundo lugar, se debe destacar que

⁸ Los requisitos se pueden concretar de la siguiente forma: (1) Ser jurista; (2) Tener la más alta autoridad moral; (3) Tener reconocida competencia en materia de derechos humanos; (4) Tener la nacionalidad de cualquier país miembro de la OEA; (5) Reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que les proponga; (6) No ser miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo (quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros); (7) No ser funcionarios de organismos internacionales; (8) No desempeñar cualesquiera otros cargos y actividades que les impidan cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, dignidad o prestigio de su cargo.

⁹ Este procedimiento es en esencia el mismo que se sigue para elegir a quienes integran la CIDH, la diferencia sustancial es que los Estados que presentan candidaturas, votan y determinan ajustes específicos del procedimiento (eliminación de candidaturas en votaciones) son únicamente los Estados Partes a la CADH. Para junio de 2017 son Parte sólo 23 de los 34 Estados que con plenos derechos integran la OEA.

¹⁰ Procedimiento que es muy vago e impreciso en su regulación. Si lo que buscamos es dar certeza, este procedimiento debe ser desarrollado normativamente con más precisión y claridad cuando se hable de reformar el contenido de las normas interamericanas.

¹¹ Sólo se activa si fuese necesario para preservar el quórum de la Corte, esto es, si por alguna razón quedaran menos de cinco integrantes de la Corte, con lo que sólo se nombran uno o más jueces interinos, que servirán hasta que no sean reemplazados por quienes se elijan en el procedimiento ordinario.

¹² Este procedimiento es en esencia el mismo que el ordinario, con dos diferencias. La primera es que los plazos para la presentación de candidaturas (seis meses anteriores a la Asamblea y por noventa días) y la elaboración de la lista de candidaturas que se pone en consideración de los Estados (al menos treinta días antes de la Asamblea) se reducirán prudencialmente, a juicio de la Secretaría General OEA. La segunda, es que la persona que es electa en esos casos que no son por expiración de mandato, se designa sólo para completar el periodo de quien reemplace. Sin embargo, la elección no será necesaria cuando la vacante se produzca dentro de los últimos seis meses del mandato del juez que le de origen.

¹³ Desde la opinión consultiva OC-20/09, la Corte estableció lo que parecía entenderse de manera clara de la lectura del contenido de la CADH, en el sentido de que la figura del juez *ad hoc* “se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado)” (Corte IDH, 2009, parr. 87.1). Esto a pesar de que interpretaciones en mi opinión, sesgadas, habían llevado por muchos años a que la figura del juez *ad hoc* se usara en cualquier caso y, con ello, la de por sí dudosa legitimidad, independencia e imparcialidad de los y las jueces interamericanos, se viera totalmente puesta en duda en estos supuestos.

por ambos órganos han pasado personas que no sólo cumplían con los requisitos objetivos y subjetivos para ocupar los cargos, sino que además mostraron un compromiso no sólo en favor de los derechos humanos, sino también en fortalecer todo lo que debería representar el SIDH como conjunto de instituciones y estructuras ejemplares o referentes en el respeto y garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que los requisitos y procedimientos que antes se mencionaron tienen vacíos y conceptos indeterminados, podría resultar sencillo que con la voluntad de algunos Estados dichos procesos se pudieran alterar en algún sentido y en detrimento del funcionamiento o incluso de la permanencia de la CIDH y la Corte. En ese sentido, también debemos valorar como positivo que eso no ha pasado hasta su último extremo, pues el respeto de los mínimos establecidos en la CADH y los estatutos de ambos órganos se han mantenido estables, con mínimas modificaciones sólo para hacer compatibles los tiempos en que se desarrollan los procedimientos con la fecha en la que se celebra la Asamblea General (AG) OEA¹⁴.

4. Lo malo

A partir de lo bueno es fácil deducir en parte lo negativo que ha dejado el proceso de (s)elección de integrantes de la CIDH y la Corte. De manera sencilla se puede decir que algunos de sus aspectos más lamentables son: la falta de transparencia y participación (CEJIL, 2005; DPLF, 2013; Burgorgue-Larsen, 2015), el desprecio por el mérito y la diversidad (CEJIL, 2005), el mercado político-diplomático de votos (Faúndez, 1998) y la baja legitimidad que se les da a los órganos con los procesos de elección.

La falta de *transparencia* no sólo se da en el proceso que se sigue ante la OEA, en el que por muchos años sólo participaban la Secretaría General (SG), las misiones diplomáticas ante la OEA y las delegaciones de los Estados en la AG o el Consejo Permanente (CP). Sino que también al interior de los Estados existe esa falta de transparencia, ya que estos designan sus candidaturas sin seguir procedimientos públicos que permitan valorar, por una parte, los criterios o procedimientos concretos que se siguen y, por otra, los méritos, cualidades e idoneidad de las personas que se propone ante la OEA (Salaza y Roht-Arriaza, 2017).

De acuerdo con los estatutos de la CIDH y de la Corte la votación por la que se elige a quienes integrarán esos órganos es secreta, pero el resto del procedimiento previo no tiene por qué seguir esa secrecía, ni dentro de los Estados ni ante la OEA. Nada lo justifica, mientras que la existencia de procedimientos transparentes mucho sumaría a la legitimidad (Bogdandy, 2013), independencia e imparcialidad de los dos órganos interamericanos.

La falta de *participación* de agentes distintos a los estatales y, en específico, de los pertenecientes a los poderes ejecutivos de los Estados, así como de los órganos políticos de la OEA, es evidente (CEJIL, 2005). Esto está estrechamente vinculado con lo anterior y se refleja igualmente tanto a nivel interno como a nivel OEA. Pero esa participación faltante no sólo es la de la sociedad civil por medio de algunas organizaciones no gubernamentales, como han insistido algunas de éstas¹⁵, también es necesaria la participación de sectores académicos,

¹⁴ El único cambio que han tenido desde su origen las normas que regulan los requisitos y procedimientos de elección se dieron en 1991 durante la AG OEA celebrada en Santiago de Chile, en la que se aprobaron las resoluciones AG/RES. 1097 (XXI-91) y AG/RES. 1098 (XXI-91) por las que se modificaron los artículos 4.1 y 8.1 de los estatutos de la Comisión y Corte, respectivamente, para hacer compatible el plazo de presentación de candidaturas con la fecha en que se celebra la AG. Ambas resoluciones están citadas al final del trabajo Asamblea General OEA (2005) y Asamblea General OEA (2005).

¹⁵ Algunas organizaciones no gubernamentales especializadas en derechos humanos por muchos años se han considerado como las legitimadas para participar en ese tipo de procesos, cuando tampoco tienen ganada una representación democrática. En el mejor de los casos representan a sus afiliados o socias, si los tienen; en otros casos a sus juntas directivas e intereses (casos

sociales, culturales, políticos y, a nivel interno, sería deseable que no todo quedara en manos del Poder Ejecutivo, sino que también el Legislativo y, por qué no, el Poder Judicial (DPLE, 2013) pudieran tener una participación en los procesos nacionales. La importancia que han adquirido la CIDH y la Corte bien amerita una mayor democratización de los procesos de (s)elección de las personas que las integrarán, por medio de una participación plural y multisectorial.

Estos problemas de falta de transparencia y participación son tan evidentes que no han sido ajenos a la OEA, ya que por medio de las resoluciones AG/RES. 2120 (XXXV-O/05); AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06) y AG/RES. 2887 (XLVI-O/16)¹⁶ se ha invitado a los Estados miembros a considerar la posibilidad de consultar a las organizaciones de la sociedad civil con el fin de proponer las candidaturas con mejores perfiles; se ha pedido al SGOEA que publique en la página web de ésta los respectivos curriculum vitae de los candidatos o candidatas, a fin de que los Estados y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre el perfil de las candidaturas a la CIDH y la Corte. También se ha pedido recientemente al CP que invite a los candidatos y candidatas a dichos cargos postulados por los Estados a realizar una presentación pública ante dicho Consejo antes de su elección, en la medida de lo posible, a efectos de dar a conocer con mayor profundidad su visión, propuestas e iniciativas en el supuesto de resultar electos; buscando además que eso se difunda lo más ampliamente posible. Con lo que es evidente que el problema existe y el proceso debe de cambiar.

Otro de los aspectos negativos que han dejado los procesos actuales es el desprecio que se ha hecho a la *mérito* y a la *diversidad* en la integración de la CIDH y la Corte. El primer aspecto se refleja por el hecho de que un importante número de candidaturas y, por tanto, de integrantes de la CIDH y la Corte han sido personas pertenecientes a las élites políticas, diplomáticas o académicas nacionales que llegan a esas posiciones más por sus conexiones políticas, por amiguismo, nepotismo y/u otro tipo de acuerdos o prebendas políticas, antes que por sus méritos, cualificaciones y conocimientos en derechos humanos.

Esto ocurre, por una parte, por la vaguedad y amplitud de los requisitos que establecen la CADH y estatutos para las personas que integran esos órganos. Por otra parte, porque una vez que son propuestos por los Estados no hay una revisión, ni evaluación minuciosa, seria y rigurosa de esas calidades y méritos (Faúndez, 1998). La “buena diplomacia” lleva a que ningún Estado cuestione las candidaturas de otro Estado, para evitar que en algún momento futuro ese escrutinio pudiera jugar en su contra. Con lo que han llegado tanto a la CIDH como a la Corte personas cuyo único mérito era el de su cercanía, lealtad, amistad o capacidad de adulación al Presidente, el Canciller, el Embajador o el Ministro determinante de turno en su país o cualquiera otra conexión con personas cercanas a éstos (Salaza y Roht-Arriaza, 2017). Que sí, después de pasar cuatro/seis u ocho/doce años como aprendices de lujo, terminan pareciendo expertos en el SIDH, cuando a su llegada se evidencia que no habían leído ni siquiera una vez completa la CADH.

Esta situación no es exclusiva del SIDH, ni en la OEA un vicio sólo en la CIDH y la Corte, es un problema estructural de casi todos los sistemas internacionales, sea la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional (MacKenzie et. al., 2010), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Kosar, 2014) o los órganos y organismos de derechos humanos de Naciones Unidas como lo son relatores, grupos de trabajo o comités. Una penosa realidad que se conoce por toda aquélla persona que observa de cerca esos procesos, pero que suele

concretos, temáticas de trabajo, etc.) y, en el peor de los casos, los intereses de sus financiadoras y donadores. Por ello, la participación de la “sociedad civil” no debe centrarse sólo en algún tipo de organizaciones, sino abrirse a sectores diversos que representen la pluralidad de las sociedades en América.

¹⁶ Las tres resoluciones están citadas al final del trabajo bajo Asamblea General OEA (2005).

callarse para proteger la honorabilidad de dichos órganos, a pesar de que con ello se encubre a algunas personas con evidentes carencias éticas al aceptar una posición para la cual no tienen ni los méritos, ni las cualidades.

El segundo aspecto en este ámbito, esto es, la falta de *diversidad*, se ve de dos formas claras. Una, ante la escasa presencia de personas pertenecientes a países caribeños¹⁷ y centroamericanos¹⁸. Lo es también la casi nula presencia de personas con orígenes o pertenecientes a pueblos indígenas¹⁹, afrodescendientes²⁰, personas con discapacidad y otras condiciones que reflejen la realidad de los ciudadanos y ciudadanas de América (CEJIL, 2005).

Otra, ante la también escasa presencia de mujeres en la integración de la CIDH y la Corte. De las 71 personas que han integrado la CIDH entre 1960 y 2017, sólo 12 han sido mujeres²¹ (16%). Mientras que de las 37 personas que han integrado la Corte entre 1979 y 2017, sólo 5 han sido mujeres²² (13%).

El problema de la falta de presencia de mujeres tampoco es exclusivo de la CIDH y la Corte, pero sí en donde se ve esa constante de casi nulo progreso, ya que actualmente en la Corte Africana 5 de sus 11 integrantes son mujeres, mientras que 7 de las 11 integrantes de la Comisión Africana son mujeres. En el caso del Tribunal Europeo, 15 de sus 47 integrantes son mujeres²³. Resultando evidente que, en ese rubro, África es por mucho la que mejor equidad de género muestra en su integración y América es la que más rezagada se encuentra en los últimos años, aunque su déficit en ese rubro es más bien histórico (Castilla, 2017, p.10)²⁴.

En este punto vale la pena destacar que no es una situación de cuotas o cupos, ni de priorizar diversidad frente a méritos, sino en no desestimar los méritos que hay en esos sectores de la población. Porque tampoco se trata, como recientemente ocurrió, de sumar una mujer a la CIDH pasando por alto que era (es) funcionaria en activo de primer nivel del gobierno de Brasil que llegó al poder rompiendo principios democráticos básicos.

El tercer gran problema que se presenta es el del *mercado político-diplomático de votos*. Vinculado con los dos aspectos anteriores, a los Estados antes que evaluar los méritos, las capacidades, la diversidad y, en síntesis, la forma en la cual tanto la CIDH como la Corte tendrán una mejor integración, lo que les interesa es que las candidaturas que presenten lleguen a buen fin; o al menos que éstas les permitan hacer un buen intercambio de votos para la integración de algún otro órgano de la OEA, de algún mecanismo u órgano de Naciones Unidas (Faúndez, 1998) o en su caso de algún otro tribunal internacional (MacKenzie et. al., 2010).

A lo que se le da más importancia, de este modo, es a la agenda política o diplomática que cada Estado tiene, la fuerza o predominancia político-diplomática que se quiera hacer valer y los intereses que en un determinado momento estén comprometidos a hacer valer o vigilar. Así, puede haber, como ha habido, personas con calidades y méritos destacados, pero si a un

¹⁷ En 57 años sólo ha habido 10 personas de esa región en CIDH y 4 en Corte.

¹⁸ En 38 años sólo ha habido 11 personas de esa región en CIDH y 7 en Corte.

¹⁹ De la revisión de hojas de vida no se ubicó a una sola persona que se identificara como tal.

²⁰ Ha habido 7 en CIDH y 4 en Corte.

²¹ Por primera vez en la historia de la CIDH, del 1 de enero de 2018 a, al menos, el 31 de diciembre de 2019, cuatro de sus siete integrantes serán mujeres. Nuca habían sido mayoría.

²² En el período 2005-2009 hubo tres mujeres en la Corte y del 2009-2012 sólo quedaron dos mujeres al mismo tiempo en la integración de la Corte. Sin embargo, ninguna de éstas últimas fue reelecta, por lo que entre 2013 y 2015 una vez más la Corte sólo estuvo integrada por hombres.

²³ Actualmente las dos vicepresidentas del Tribunal Europeo son mujeres, con lo que se esperaría que en los próximos años dicho Tribunal esté presidido por una mujer.

²⁴ La Corte Africana desde su primera integración contó con una mujer (2006, Kelello Justina Mafoso-Guni), el Tribunal Europeo tuvo la presencia de una mujer hasta su segunda integración (1971, Helga Pedersen) y la Corte Interamericana tuvo que esperar a su quinta integración (1989, Sonia Picado Sotela).

país o a una región le interesa ocupar un lugar en la CIDH o la Corte a cambio de ceder uno en la Organización de Naciones Unidas (ONU), el intercambio de votos tendrá eso en el centro de la negociación y debate, mas no a las cualidades y méritos de una candidatura en concreto (Salaza y Roht-Arriaza, 2017). De igual forma, si un país quiere asegurar un lugar en cualquier otro órgano de OEA o de ONU, puede garantizar su voto a la candidatura de cualquier Estado a cambio de que éste le vote en aquél que sea su objetivo de acuerdo con su agenda político-diplomática. A pesar de que la votación es secreta y en alguna ocasión ha habido sorpresas al no salir elegido —por ejemplo, algún candidato propuesto por Estados Unidos— la regla general nos muestra que se honran los acuerdos en el intercambio de votos.

Es cierto que las posiciones en la CIDH y la Corte no son de las más “baratas” en el “mercado de votos”, pero tampoco son de las más “caras en el mercado” global. Esta situación, como parece evidente, tampoco es exclusiva del SIDH, pues se observa también en los casos de la Corte Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional (MacKenzie et. al., 2010), como en prácticamente todos los órganos y organismos de ONU, pues al final, todos los puestos entran en ese mercado internacional de votos e intereses políticos en el que están inmersos los Estados al formar parte de las diferentes organizaciones multilaterales o al ser parte de tratados que tienen órganos especializados.

Finalmente, en lo malo, el cuarto gran rubro que deriva de los temas anteriores es la *baja legitimidad* de la que se les dota a la CIDH y la Corte al final del proceso. Esto es así, ya que no surgen de procedimientos democráticos, ni transparentes (Bogdandy y Krenn, 2015), ni participativos, ni plurales; pero tampoco se asegura que lleguen a dichos órganos los mejores perfiles que puedan garantizar que se emitan decisiones congruentes, bien razonadas y sustentadas en la mejor aplicación del marco normativo interamericano (Thomassen, 2008) ya que, por el contrario, surgen de procesos altamente politizados, secretos en muchas de sus etapas y en donde prevalecen los intereses de los Estados (MacKenzie et al., 2010).

Con lo que toda la legitimidad con la que deben contar la CIDH y la Corte para el desarrollo de sus facultades y competencias, la tienen que ganar en el día a día de su actuar. Quedando esto siempre condicionado y limitado; por un lado, a que no todas las personas que integran ambos órganos están capacitadas para hacerlo de la mejor forma y, por otro lado, a que prácticamente todas las personas que los integran están condicionadas en su actuar al menos en su primer mandato si es que buscarán la reelección. Aunque también en muchos casos es del propio interés de los Estados que ambos órganos no funcionen de la manera más eficaz y eficiente posible.

Esto podría ser irrelevante si la CIDH y la Corte se limitaran a hacer su trabajo en el ámbito internacional, pero cuando están dictando medidas que generan o modifican políticas públicas en los Estados o incluso lo que se debe legislar, derogar o analizar en el marco constitucional interno de los Estados, no es menor que carezcan de mínimos de legitimidad democrática que sustenten su actuar, sin necesidad de buscarla a cada paso que dan o por otros medios.

De estos cuatro grandes males se podrían analizar algunos más particulares, pero por el espacio disponible ahora no puedo desarrollarlos. En todo caso, también es necesario al menos señalar en este punto que la atención en esa falta de transparencia, amiguismo, nepotismo y reparto de cuotas en el caso de la CIDH y la Corte no debe quedarse en los procesos de (s)elección de las cabezas visibles de esos órganos, sino también se debe extender la mirada y vigilancia en sus secretarías y en todo el personal permanente de éstas, ya que de igual forma es un “secreto a voces” que los procesos de selección de funcionarios y funcionarias, consultorías e incluso, en muchos casos, becarios y

becarias, poco atiende al mérito y mucho atienden a otro tipo de factores o intereses personales²⁵.

Sólo recientemente para la designación del último Secretario Ejecutivo de CIDH (Salaza y Roht-Arriaza, 2017) y de las relatorías de libertad de expresión y sobre derechos económicos, sociales y culturales, se ha visto un cambio para bien en la CIDH al hacer realmente pública la convocatoria y un poco más transparente el proceso de selección, al menos en algunas de sus etapas. Pero en la Corte nada mejora, pues también hace no mucho se creó una posición hasta antes inexistente (Director Secretario Jurídico) a fin de colocar ahí a un cercano del entonces Presidente de la Corte. Con lo que es evidente que es un tema importante en los análisis de estos órganos, que ahora me supera, pero que ya habrá ocasión de analizar a profundidad.

5. Lo feo

A partir de lo malo, lo reprochable es más fácil de explicar. Como feo se debe considerar el conjunto de prácticas y situaciones que en muchas ocasiones muestran al SIDH más como una simulación de honorabilidad y prestigio, que como ejemplo a seguir. Ese conjunto de situaciones que se conocen desde diferentes ámbitos dentro del SIDH, pero de las cuales muchas veces se prefiere no hablar, por una parte, para no debilitar lo que sí ha funcionado en la protección de los derechos humanos y, por otra, para no ser colocado dentro de las filas de quienes buscan desprestigiar al SIDH.

Ejemplos de eso hay muchos, como también los hay de buenas prácticas. Podrían señalarse nombres y apellidos para hacerlo más claro y elocuente, pero con describir algunas situaciones generales se puede dar muestra de lo que se debe transformar a partir de reconocer la existencia de esos vicios que, muchas veces, nos aquejan a nivel nacional y que han llegado por transmisión casi automática al ámbito de la OEA.

Así, es feo darse cuenta y confirmar que a pesar de que para integrar la CIDH y la Corte se exige contar con una *alta calidad moral*, se puede encontrar entre las 71 personas que han integrado la CIDH y las 37 que han integrado la Corte a algunas que eso se les podría (y debió) cuestionar, o al menos presumir la ausencia de ésta, cuando antes de llegar a esas posiciones formaron parte de gobiernos en los que directa o indirectamente ellas violaron o avalaron violaciones de derechos humanos; otras que ocupando una posición privilegiada construyeron su candidatura; algunas más que dirigieron o presidieron sin cambios para bien a partidos políticos, instituciones o dependencias con oscuros pasados de represión o de violación de derechos humanos; pero también otras que sin importarles las incompatibilidades que ponen en duda la independencia, imparcialidad y el buen desempeño de la función por la que aspiraban, no renunciaron a sus cargos o funciones públicas previas hasta el momento de verse electas o incluso después.

También es feo el hecho de que a pesar de que se pide tener *reconocida competencia o versación* en derechos humanos, vinculado con lo anterior, se han instalado en la Corte y la CIDH algunas personas que tampoco mostraban del análisis minucioso de sus hojas de vida ya no una reconocida competencia, sino ni siquiera conocimientos básicos en derechos humanos y menos en el SIDH. Siendo vergonzoso que algunas de sus principales aportaciones, publicaciones y estudios sobre derechos humanos sean aquéllos que hicieron durante o con

²⁵ En el caso de las secretarías y demás personal permanente, no sólo los Estados participan en ese reparto de posiciones, también lo hacen y participan comisionados, jueces, secretarios, algunas de las organizaciones de la sociedad civil con mayor presencia e incluso algunas universidades. Esta situación es fácil de verificar al analizar las hojas de vida y vínculos personales de muchas de las personas que ahí trabajan. Hay excepciones, como en todo, pero también una práctica muy arraigada de espacios acordados y opacidad en la selección.

motivo de sus candidaturas o todas aquéllas que hacen a partir de integrar esos órganos.

Eso se demuestra fácil, especialmente cuando se les lee o escucha hablar de temas, casos, informes o jurisprudencia interamericanos en foros abiertos o especializados y no en aquéllos *ad hoc* que suelen organizárseles para que se luzcan y en los que se les protege de preguntas incómodas. Aunque lo realmente grave es que, bajo la cobertura de lo que representan la CIDH y la Corte, esas personas emitan opiniones o “estudios” y crean “doctrinas” que tienen como único sustento la “autoridad” que les da integrar esos órganos, pero no más²⁶. Lamentablemente ni esto, ni otros aspectos son tomados en cuenta ni en el proceso inicial, ni en las reelecciones. Simplemente se les propone y aprueba.

Pero lo feo no sólo está en los elementos subjetivos antes descritos y respecto a los cuales se me podría alegar una falta de científicidad, a pesar de la existencia de ejemplos comprobables para cada una de las afirmaciones realizadas. En los elementos objetivos, especialmente observables en el caso de la Corte, también hay historias. Así por ejemplo, en cuanto al requisito de “reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos o candidatas” (CADH, 1969, Art. 52.1)²⁷, hay varios casos en los que eso no se habría superado si se analizan a detalle los textos constitucionales y/o legales que establecen los requisitos para integrar los tribunales supremos u órganos judiciales supremos²⁸.

Un ejemplo claro de esto está en las primeras integraciones de la Corte, cuando Costa Rica propuso para ese tribunal a una persona nacional de Estados Unidos, quien consiguió su lugar. Si atendemos a la norma antes citada y el contenido del artículo 159 de la Constitución de Costa Rica, es fácil darnos cuenta que esa persona no reunía las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales del Estado que lo proponía, ya que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se requiere, entre otras cosas: “1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. [...]; 2) Ser ciudadano en ejercicio”.

Siendo evidente que el juez estadounidense no cumplía con ello. Sin embargo, eso no fue objeto de debate ni de cuestionamiento, simplemente se le aprobó e incluso en su momento se le reeligió. No pongo en cuestionamiento la calidad y prestigio de ese juez, sino que pongo en evidencia que, si es así de fácil burlar elementos objetivos evidentes, más lo son los elementos subjetivos que por su significado y lo que representan, casi nadie se atreve a cuestionar, ni poner

²⁶ Al no estar dedicadas de manera exclusiva a la CIDH o la Corte, ni contar con un sueldo permanente, las personas que las integran, en muchos casos buscan asesorar, impartir conferencias, clases, publicar libros o algún otro tipo de actividades que les permitan generar algún ingreso. Lo cual es válido ante su estatus actual mientras no entre en incompatibilidades, pero aun en actividades de tipo académico pueden poner en riesgo su independencia e imparcialidad. Este tipo de aspectos debe también reflexionarse, a fin de evitar que un viaje todo pagado a pronunciarse respecto de un tema, ponga en riesgo el actuar o prestigio de todo un órgano.

²⁷ Este artículo incluye dos supuestos claramente identificables: (i) si te propone tu país, debes cumplir los requisitos de éste porque eres su nacional; (ii) si te propone otro país, debes cumplir con los requisitos que se establezcan en las leyes del Estado que te propone. Entenderlo de otra forma, implicaría, por una parte, que los Estados podrían proponer a personas que no cumplen con lo que establece su legislación para integrar una alta corte simplemente por tener una nacionalidad distinta y, por tanto, se dejaría de observar la CADH. Y, por otra parte, que la nacionalidad de las personas determinaría los requisitos a cumplir independientemente de quien les propusiera, haciendo con ello innecesaria la disyuntiva que establece la norma. Pero en todo caso, la interpretación de este artículo muestra otro de los muchos debates pendientes en el tema, que obviamente, nunca han estado presentes en la AG OEA.

²⁸ Esto es otro problema en el proceso de (s)elección de integrantes de Corte, porque por esa disposición, no se les aplican las mismas reglas y criterios a todas las personas (Ruiz, 2012) y, en la gran mayoría de casos, al dejarse eso en manos del Estado que les propone, sin ningún problema se pasan por alto o manipulan los requisitos si su interés es el de tener una candidatura a cualquier costo.

en duda, aunque haya elementos claros para cuestionarlos.

Otro aspecto feo es el gasto presupuestal que se hace en las campañas de promoción de las candidaturas, en donde se ve a las personas propuestas visitando las cancillerías en las capitales de los países o las misiones diplomáticas ante la OEA en Washington, D.C. Como si esos recursos no pudieran destinarse para mejores propósitos de la protección de los derechos humanos a nivel nacional o interamericano. Con lo que, a mayores posibilidades económicas de los países, mejores oportunidades de negociación en el intercambio de votos. Así, los Estados les montan las campañas, les pasean, les organizan la agenda, invierten recursos en las personas que proponen (Salaza y Roht-Arriaza, 2017), pero al final debemos creer que las personas propuestas son totalmente independientes e imparciales. Observadas en conjunto, todas estas circunstancias al menos deben generar alguna duda.

Pero también vinculado con lo anterior, la fuerza y prestigio que tenga la diplomacia de cada país influye, pues, aunque hay quien considera que el nombramiento de integrantes de la CIDH y sobre todo de la Corte es un tema de simple éxito (Torres, 2014), la realidad muestra que el peso (e intereses) de cada país en el marco de la OEA es determinante, haciendo evidente una vez más que el mérito de las personas y la diversidad de su procedencia importan poco. Así, tenemos que en 38 años de la Corte nunca ha habido personas nacionales de Bolivia, El Salvador, Guatemala o Paraguay²⁹, mientras que de Estados Unidos que no es Parte a la CADH y, por tanto, no puede proponer ni votar, sí ha habido. Como también se ha visto que la maquinaria coordinada de la diplomacia de México y Colombia dejó fuera de Corte a dos mujeres caribeñas que la integraban al impedir su reelección con el fin de que ingresaran dos hombres de las nacionalidades de estos países. Coincidentemente también, ambos países en toda su historia sólo han propuesto hombres para integrar tanto la CIDH, como la Corte.

En la CIDH la historia no es muy distinta, ya que en 57 años nunca ha habido personas nacionales de Belice, Bahamas, Nicaragua, República Dominicana, San Vicente y las Grenadinas o Suriname, mientras que ha habido diez nacionales de Estados Unidos. Como también hay casos de personas, por ejemplo, una de Perú, que tras su efímero paso por la CIDH, años después integró la Corte desde donde buscó ser candidato a la SG OEA, como muestra clara que reitera que para algunos la política, el protagonismo y el poder les importa más que la efectiva protección de los derechos humanos o que éstos se han convertido en un simple medio para sus fines.

Sin que, nuevamente, el espacio permita abordar todo lo que sería interesante destacar es preciso señalar que también es feo que las *vacantes* a pesar de lo que dice la CADH y los estatutos de la CIDH y la Corte: que, para ocupar éstas todos los países pueden presentar candidaturas, éstas se hayan convertido en espacios reservados para los Estados a pesar de que se asignan a título personal y no en representación de dichos Estados. Con lo que, especialmente en la CIDH, esos procesos son doblemente opacos; en ocasiones pasan inadvertidos y los Estados sustituyen a su nacional por otro, sin ningún escrutinio, siendo ello avalado sin cuestionamiento alguno por el CP. Con lo que todo lo antes expresado se multiplica y agrava especialmente en estos casos.

Finalmente, como ya lo dije, no entraré al tema relativo a los jueces *ad hoc* que es otra parte oscura de la historia de Corte. Sólo diré que a partir de esas posiciones *ad hoc*, utilizadas en varios casos como periodo de prueba por los Estados para construir después candidaturas para integrar dicho órgano, se llegó en un caso al descaro de nombrar un juez *ad hoc* casi un mes después de que la propia Corte estableciera en la OC-20/09 que en peticiones individuales,

²⁹ Ni para esto, ni para otros análisis del total de integrantes de la Corte tomo en cuenta a quienes han integrado dicho tribunal en calidad de juez *ad hoc*.

como era el caso, los Estados no tenían el derecho de nombrar juez *ad hoc*³⁰. Sin embargo, ni México, ni la persona propuesta como juez *ad hoc* prestaron atención a la OC-20/09 y el juez *ad hoc* ejerció funciones³¹. Tres años después de esa participación, se presentó la candidatura de esa misma persona para que se integrara en principio por seis años a la Corte. Una situación que bien podría poner en duda al menos los escasos que eran en ese momento los conocimientos de la persona propuesta sobre la actualidad de la jurisprudencia emitida por la Corte. Pero, sobre todo, el tramposo actuar del Estado, permitido por la propia Corte a pesar de la decisión que había emitido días atrás.

Como se observa, en síntesis, lo feo es ese conjunto de acciones o situaciones que generan un debilitamiento institucional, esas malas prácticas que anteponen intereses políticos o personales a la efectiva protección de los derechos humanos, esos vicios que involucran poder, nepotismo, amiguismo, corrupción, fraude a la ley y otro tipo de prácticas que tanto padecemos a nivel nacional, pero que también reproducimos a nivel interamericano. “[S]ería ingenuo asumir que esta forma de designación de jueces y comisionados no repercute negativamente en su independencia e imparcialidad, poniendo en tela de juicio la credibilidad en el propio sistema interamericano” (Faúndez, 1998, p. 187).

6. Lo deseable

Ante la realidad antes relatada, lo que corresponde es intentar construir una propuesta que multiplique lo bueno, minimice lo malo y elimine lo feo, pero no sólo en una parte del proceso, sino en todo, desde su inicio a nivel nacional hasta la votación final en la AG OEA.

Aunque podría ser atractivo replicar procedimientos que, a pesar de tener aún deficiencias, se muestran con avances como el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Kosar, 2014; Lemmens, 2015), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sauvé, 2015), el Tribunal de Justicia del Caribe (Jordan, 2004), algunas cosas que se han recomendado para la Corte Penal Internacional o la Corte Internacional de Justicia (MacKenzie et. al., 2010) y también, algunos aspectos destacables de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; por la naturaleza no permanente de CIDH y Corte no es fácil, oportuno, ni acertado intentar simplemente replicar mecanismos o procedimientos³².

En ese sentido, la propuesta que a continuación se desarrolla está pensada en América en el marco de la OEA, teniendo presente, la naturaleza cuasi jurisdiccional y altamente política de CIDH y la naturaleza jurisdiccional de Corte³³.

Así las cosas, lo que a continuación se propone, para verse transformado en realidad, requerirá en el ámbito internacional de al menos una Resolución de la AG OEA, que se podría ir actualizando de acuerdo a las necesidades y evolución del sistema; así como una modificación de los estatutos de la CIDH y de la Corte³⁴, como se hizo en 1991. En el ámbito interno sería

³⁰ Véase supra nota 13.

³¹ Paradójicamente, el ahora juez interamericano, después de que con su nombramiento como juez *ad hoc* se pasara por alto, tanto por el Estado como por él mismo al aceptar su nominación, el contenido de una opinión consultiva, en algunos trabajos académicos y votos defiende la fuerza vinculante (obligatoria) de toda interpretación hecha por el tribunal interamericano.

³² Error en el que me parece incurre en algunas partes de sus propuestas Burgogue-Larsen (2015).

³³ En el caso de la Corte teniendo especialmente presente que es uno de los tribunales internacionales que más lejos ha llegado a incidir por medio de sus medidas de reparación en políticas públicas y legislaciones nacionales, con lo que si queremos que siga actuando de esa forma, debemos de reforzarla en su legitimidad.

³⁴ Una transformación profunda e integral debería llevar a modificar la CADH y los estatutos, para eliminar las reelecciones (Faúndez, 1998, p.191) y hacer periodos más largos a fin de evitar el condicionamiento político, así como para incorporar y precisar los requisitos que deben satisfacer las personas que se postulen —por ejemplo, poner los mismos requisitos para quienes quieran integrar la Corte y no de acuerdo a cada sistema nacionalo exigir más requisitos (véase *supra* nota 28) a partir de que sus integrantes tengan dedicación exclusiva; pero también para buscar hacer a la Corte un tribunal permanente y, con ello, se deje fuera del trámite de peticiones o casos individuales a la CIDH, manteniendo sus demás competencias ésta. Entre otros cambios

deseable la creación de marcos legales que recogiendo los lineamientos internacionales permitan generar certeza en dichos procedimientos (Burgogue-Larsen, 2015).

La Resolución debería de recoger los aspectos que se desarrollarán a continuación. La modificación de los estatutos implicaría incluir en el artículo 4 del Estatuto CIDH y 8 del Estatuto Corte que: La Asamblea General de la OEA, en una Resolución aprobada por mayoría, emitirá los Lineamientos para la selección de candidatos y candidatas a integrar la Comisión o la Corte, respectivamente.

Bajo ese entendido, en primer lugar, desarrollaré lo que sería deseable considerar en los procedimientos nacionales y, después, en el procedimiento ante la OEA³⁵.

6.1. Procedimiento nacional³⁶

- a) *Convocatoria pública para presentación de candidaturas.* Se llevará a cabo dentro de los noventa días previos al inicio del año en que se puede presentar candidaturas para integrar la CIDH o la Corte, en diarios oficiales, páginas web de instituciones públicas y redes sociales de éstas³⁷.
- b) *Requisitos para la presentación de postulaciones.* Además de lo establecido en la CADH y los estatutos, las postulaciones deben ser presentadas con el respaldo³⁸ de 5 personas, instituciones u organizaciones³⁹ que cuenten con probado trabajo o experiencia en el SIDH.
- c) *Hoja de vida homologada.* Cada persona postulada y, en su caso, seleccionada tendrá una hoja de vida integrada por los siguientes rubros⁴⁰:

que se deben pensar para mejorar la eficiencia del SIDH.

³⁵ Algunos elementos de esta propuesta no están desarrollados con la precisión que se desearía por el espacio disponible, por lo que se pide a quien lee estas líneas su comprensión y que se entienda esta propuesta como un conjunto de mínimos que al integrar otras propuestas existentes y el procedimiento vigente, deberá desarrollarse y precisarse más en otra oportunidad.

³⁶ Si bien los lineamientos se establecerían a partir del contenido de la Resolución y modificación estatutaria antes mencionada, sería deseable que en cada país se adoptaran marcos legales que adoptaran estos procedimientos a fin de dotarlos de mayor fuerza jurídica para asegurar su estricto cumplimiento y la correcta observancia en rubros de transparencia, publicidad, diversidad y certeza. En el mismo sentido se pronuncian Burgogue-Larsen (2015) y Salazar y Roht-Arriaza (2017).

³⁷ Propuesta similar aunque sin el establecimiento de un plazo ya se ha hecho antes (CEJIL, 2005). En cuanto a los lugares de difusión y publicación de una convocatoria de este tipo, véase también: Burgogue-Larsen (2015).

³⁸ Propuesta similar a otra que se ha formulado antes (Open Society Justice Initiative, 2015).

³⁹ Faúndez (1998) proponía que los Estados deberían proponer únicamente candidatos sugeridos por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, o por facultades de Derecho o de ciencias políticas de las universidades nacionales, luego de que estas postulaciones hayan sido examinadas y aprobadas por el Congreso de la República.

⁴⁰ Aunque esto excede los parámetros y requisitos que actualmente se exigen en la CADH y los estatutos, sería deseable que se valorara el conocimiento de más de uno de los idiomas de trabajo de la OEA, conocimientos en derecho internacional, un límite de edad para el ejercicio de funciones, y algún otro requisito que atienda a la naturaleza de cada uno de los órganos. Véase en ese sentido también DPLF (2013); Burgogue-Larsen (2015) y Salazar y Roht-Arriaza (2017). La inclusión de estos requisitos se podría hacer junto con la reforma a los estatutos que antes se ha referido, si es que no se quiere abrir el debate relacionado con la modificación de la CADH.

CIDH	Corte
Datos personales y trayectoria profesional	
Razones por las que tiene una alta calidad moral (máximo 500 palabras) ¹ .	
Listado de cinco ejemplos que demuestren sus conocimientos en derechos humanos ² .	
Declaración de no estar desarrollando actividades que pudieren afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad o el prestigio de su cargo en la Comisión o la Corte	
Algún aspecto que se quiera destacar de la trayectoria de la persona (máximo 500 palabras).	
Votos obtenidos en el procedimiento interno.	
	Justificación de que reúne las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país que lo propone.
	Ultimo grado académico-jurídico obtenido y ámbito de especialización (si lo tiene).

- a) *Proceso de selección de candidaturas.* Una Comisión evaluadora (CE)⁴¹ integrada por representantes del Poder Ejecutivo (1), Poder Legislativo (1), Poder Judicial (1), organizaciones de la sociedad civil con estatus reconocido ante la OEA (1) y del Consorcio de Universidades de la OEA en el país (1) elaborará una lista inicial de hasta cinco personas que podrían ser postuladas⁴². Dicha lista se hará pública junto con las hojas de vida homologadas y se dará un plazo de 7 días hábiles para que se hagan llegar a la CE observaciones sobre las personas seleccionadas⁴³.
- b) *Entrevista pública de hasta cinco personas preseleccionadas ante la CE y elaboración de lista final.* Con el resultado de la entrevista anterior, las observaciones recibidas y la información disponible, la CE elaborará una lista final de tres personas en las que al menos deberá haber una mujer, siendo deseable que al menos alguna de las tres pertenezca a un grupo social minoritario del país.
- c) *Ratificación de postulación por órgano legislativo en el caso de la Corte.* A fin de dotar de una mayor legitimidad a la Corte y en razón de los requisitos que se exigen a quienes la integran, el órgano legislativo con facultades para la aprobación de cargos diplomáticos y/o aprobación de tratados, deberá ratificar la lista aprobada por la CE que será presentada ante la SG OEA.
- d) *Integración de propuesta de candidatura ante la OEA.* Cada Estado interesado en participar en la integración de la CIDH o la Corte presentará al menos dos candidaturas⁴⁴, asegurando en todo caso un equilibrio de género⁴⁵. La tercera persona que no integre la propuesta del Estado se pondrá a disposición de cualquier otro Estado que quiera presentar una terna, informando de ello a la SG OEA.

⁴¹ Propuesta similar que sin indicarse como se formaría, ya se ha hecho describiéndola como un organismo formal, independiente y apolítico (Open Society Justice Initiative, 2015).

⁴² Otra propuesta (DPLE, 2013) sugiere que este mecanismo debe asegurar que participen organizaciones de la sociedad civil, academia, prensa, instancias estatales diferentes a los poderes ejecutivos –como defensorías, órganos de vigilancia y control, poderes judiciales. Por su parte, Burgorgue-Larsen (2015) propone un comité de 5 integrantes: (i) Poder Judicial, (ii) colegio de abogados, (iii) academia, (iv) organizaciones no gubernamentales y (v) Ombudsman, en donde al menos haya una mujer y un representante de una minoría étnica.

⁴³ Propuesta similar aunque con otras formas de participación ya se ha hecho antes (CEJIL, 2005).

⁴⁴ Propuesta idéntica a otra que ya ha sido formulada antes (Open Society Justice Initiative, 2015).

⁴⁵ Faúndez (1998) sugiere que se use el derecho de proponer ternas, no como posibilidad, sino como regla.

En el caso de la presentación de candidaturas para cubrir vacantes por razón distinta a la conclusión del mandato, el procedimiento será el mismo, con la única diferencia que la convocatoria se emitirá dentro de los 30 días siguientes a que se tenga noticia de la vacante⁴⁶.

Para los casos de reelección⁴⁷, la CE se integrará con el fin de analizar el desempeño de la persona seleccionada, abriendo un plazo de diez días para recibir opiniones. Por mayoría simple, reiterará la postulación o sugerirá que ello no se haga y en su lugar se presente una nueva candidatura.

6.2. Procedimiento en la OEA

- a) *Verificación del listado de candidaturas por orden alfabético elaborado por la SG.* Un Panel Asesor (PA)⁴⁸ integrado por representantes del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (1), del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1), de las organizaciones de la sociedad civil con estatus reconocido ante la OEA (1), del Consorcio de Universidades de la OEA (1) y del CP OEA (1) verificarán que todas las personas cumplan los requisitos. En caso de que se encuentren irregularidades, lo pondrán en conocimiento del Estado para que en su caso subsane el problema o sustituya las candidaturas respectivas.
- b) *Publicación de la lista definitiva.* La SG OEA publicará en su página web el listado definitivo de candidaturas al menos 30 días antes de la celebración de la AG.
- c) *Presentaciones públicas ante el CP OEA con participación de la sociedad civil y presencia del PA.* Las personas que conformen la lista de candidaturas harán una presentación ante el CP OEA⁴⁹, a fin de exponer las razones por las cuales se postulan, por las cuales deben ser seleccionadas y su visión a futuro del órgano que integrarán. Tanto las representaciones de los Estados, como las de la sociedad civil podrán formularles preguntas. De acuerdo al número de candidaturas existente, se podrá celebrar más de una sesión de presentaciones, siempre respetando el orden alfabético de las candidaturas.
- d) *Otras entrevistas con personas integrantes del listado de candidaturas.* Si algún Estado desea que las personas que ha postulado sean entrevistadas por otros Estados, deberán informarlo a la SG OEA a fin de que se organice una sesión pública con ese fin, a la que podrá asistir como observadores la sociedad civil y el PA. De igual forma, si algún Estado o grupo de Estados están interesados en conocer a mayor profundidad el perfil de alguna de las candidaturas, se seguirá el mismo procedimiento.
- e) *Informe final para los electores.* El PA formulará un informe final que se pondrá a disposición de los Estados cinco días antes de la AG. En dicho informe se establecerán las valoraciones que hayan recibido las diferentes candidaturas y se especificará su nacionalidad, el país que les propone, su género, su origen étnico y su hoja de vida homologada.

⁴⁶ No olvidar que de acuerdo con el Estatuto CIDH en estos casos sólo se puede proponer una candidatura.

⁴⁷ Aunque lo deseable sería que no existan reelecciones, se establece esta opción al estar prevista en la CADH. El tema reelecciones es otro de aquellos que requerirían una reforma a profundidad del SIDH.

⁴⁸ Propuesta similar a ésta, aunque estando a cargo del Comité Jurídico Interamericano se formuló recientemente (Informe, 2015). Otra propuesta (Schönsteiner, 2007) habla de un Comité tripartito formado por personas de prestigio electas una por el Consejo de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, una por ONG's acreditadas ante la OEA y una entre ex integrantes de la CIDH o Corte. Burgogue-Larsen (2015) propone un panel de 7 integrantes: dos representantes de cortes supremas, tres ex integrantes de CoIDH o CIDH y dos de representantes de ONG's.

⁴⁹ Este ejercicio ya ha sido desarrollado en 2013 y 2017, por lo que se considera útil que se mantenga y, en todo caso, se ajuste para permitir un intercambio no sólo con los Estados, sino también con la sociedad civil. Es una propuesta que ha sido impulsada desde hace tiempo por organizaciones de la sociedad civil (CEJIL, 2005).

Para los casos de vacantes se seguirá el mismo procedimiento, aunque los plazos de éste se podrán ajustar de acuerdo al número de candidaturas que se hayan presentado. Siendo deseable en este caso que al menos se integre una terna, lo que por lógica significa que al menos tres países presenten candidatura.

Para los casos de reelección, el PA elaborará un informe para los Estados con la información que le proporcionen las CE nacionales y las observaciones que recogerá por un periodo de treinta días después de que se haya cerrado el registro de candidaturas.

Como puede observarse de esta propuesta, a nivel nacional todo es nuevo. En la parte que corresponde a la OEA sólo he destacado los pasos o situaciones que haría falta incluir al procedimiento vigente que se refirió en el segundo apartado de este artículo, a fin de evitar repetir aquí todo el proceso que se sigue.

7. A manera de conclusión

Los vigentes procesos de (s)elección para integrar la CIDH y la Corte a pesar de algunos esfuerzos recientes para darles mayor transparencia, siguen siendo opacos, con participación casi exclusiva de los agentes estatales (ejecutivo) y en los que se sigue priorizando el acuerdo político-diplomático de los intereses de los Estados antes que el mérito, calidades, cualificaciones y experticia de las personas que son postuladas.

Lo anterior, en gran medida se sigue presentando por el escaso debate y análisis que se ha dado en relación con ello, en dónde sólo se encuentran algunos esfuerzos de organizaciones de la sociedad civil, pero muy escasos estudios y debates académicos en la región. Esta situación ha generado que sólo cuando se aproxima un periodo de renovación, salten las alarmas y por unos días o meses se ponga interés en el tema.

Los procesos de (s)elección son, sin duda, un tema pendiente de análisis y debate profundo en el SIDH, pues, aunque personas con perfiles muy destacados nos han dejado algunas gratas experiencias al pasar por la CIDH y Corte, eso no quita lo viciados y politizados que han sido los procesos de elección de éstas. Como tampoco nos puede hacer olvidar que mucha de la calidad, eficiencia y legitimidad de esos órganos pasa por quienes los representan, con lo que debemos poner mucha atención en eso, siendo críticos constructivos y no cómplices silenciosos, si en verdad queremos un SIDH fuerte.

Lo que ocurre en la (s)elección de integrantes de la CIDH y la Corte no son problemas exclusivos de la OEA, sino de muchos tribunales, órganos y organismos internacionales. Sin embargo, en esos otros ámbitos desde hace tiempo se discute amplia y abiertamente está situación con el fin de encontrar soluciones. En ese sentido, no nos podemos quedar atrás, ya que lo que se haga bien o mal en la (s)elección de integrantes de los órganos interamericanos, repercute en lo que ocurre en otros procesos y viceversa.

La propuesta que he formulado no es ni por mucho una idea cerrada sino tan sólo un esfuerzo en pocas páginas por aportar opciones ante el diagnóstico que surge de seguir, observar y entrevistar a quienes han participado y participan en esos procesos de elección. La propuesta en todo caso debe ser tomada como una invitación para debatir, teniendo como punto de partida algunos elementos base. Una invitación a debatir desde todos los sectores y teniendo como fin el real fortalecimiento del SIDH a partir de tener la mayor excelencia posible en la CIDH y la Corte, no sólo en sus caras visibles sino en todas sus estructuras de funcionamiento.

Se han dejado de lado temas importantes y precisión en otros, como todo lo relacionado con la selección de las secretarías de ambos órganos y de todo el personal que integra éstas, como entes permanentes. Asimismo, la inclusión de soluciones a algunos aspectos como una más fuerte participación de la sociedad civil o reformas más profundas que impliquen incluso la

modificación de la CADH. Sin embargo, este artículo aspira motivar el diálogo y debate, así como a considerar otras propuestas ya existentes para encontrar las mejores opciones.

El fortalecimiento efectivo del SIDH sólo se dará a partir de un diálogo y debate plural e informado, ya que sólo así estaremos en disposición de tener con mayor certeza ideas claras respecto a lo que falta, a lo que funciona, a lo que requiere cambios, así como a las opciones existentes o disponibles para generar transformaciones positivas y a cómo se pueden hacer. Hagámoslo por los derechos humanos de todas y todos.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A. (2013). The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework. *Theoretical Inquiries in Law*, 14 (2), 361-379.
- Bogdandy, A. y Krenn, C. (2015). On the Democratic Legitimacy of Europe's Judges. A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures. En M. Bobek. *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. (pp. 162-180). Oxford: Oxford University Press.
- Burgogue-Larsen, L. (2015). Between Idealism and Realism: A Few Comparative Reflections and Proposals on the Appointment Process of the Inter-American Commission and Court of Human Rights Members. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5 (1), 29-62.
- Castilla, K. (2017). Sistemas regionales de Derechos Humanos: algunos datos para su análisis y estudio. *Papeles El tiempo de los Derechos*, 2, 1-16.
- CEJIL (2005). Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. *Documentos de Coyuntura*. San José: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
- (2014) Proceso de Selección de Integrantes de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Reflexiones hacia una reforma. *Documentos de Coyuntura*. San José: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
- DPLF (2013). *Hacia un proceso transparente y participativo de selección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos*. Washington D.C.: Due Process of Law Foundation.
- Faúndez, H. (1998). La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: paradojas y desafíos. En J. Méndez y F. Cox. *El futuro del sistema Interamericano de los Derechos Humanos* (pp. 185-210). San José: IIDH.
- Open Society Justice Initiative (2015). *Informe final del panel independiente para la elección de comisionados y jueces interamericanos*. <<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/iachr-panel-report-esp-20150611.pdf>>.
- Jordan, V. (2004). A Critique of the Caribbean Court of Justice. *The Fifth Annual SALISES Conference*, The University of the West Indies, 2-13.
- Kosar, D. (2014). Selecting Strasbourg Judges: A Critique. *MUNI Law Working Paper Series*, 1, 1-40.
- Lemmens, K. (2015). (S)electing Judges for Strasbourg. A (Dis)appointing Process? En M. Bobek. *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. (pp. 95-119). Oxford: Oxford University Press.
- Mackenzie, R. et. al. (2010). *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*. Oxford: Oxford University Press.

- Ruiz, O. (2012). The Independence of the Inter-American Judge. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11, 111-135.
- Salaza, K. y Roht-Arriza, N. (2017). Democracia y transparencia en el SIDH: una experiencia en marcha. *Revista Direito e Práxis*, 8 (2), 1652-1681. DOI: 10.12957/dep.2017.28036
- Sauvé, J.-M. (2015). *Subsidiarity: A Two-sided Coin? Dialogue Between Judges* (pp. 23-32). Council of Europe: Strasbourg.
- Schönsteiner, J. (2007). Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights. *Revista IIDH*, 46, 195-215.
- Thomassen, W. (2008). Legitimacy of International Court Rulings. En C. Baudenbacher y E. Busek. *The Role of International Courts* (15-22). Alemania: German Law Publishers.
- Torres, A. (2014). La independencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva institucional. En M. Iglesias et. al. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Buenos Aires: Librería del jurista.

Opiniones consultivas e informes

- Asamblea General OEA (1991). Resolución Democracia Representativa. AG/RES. 1080 (XXI-O/91), aprobada el 5 de junio de 1991.
- (2005). Presentación de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. AG/RES. 2120 (XXXV-O/05), aprobada el 7 de junio de 2005.
- (2006). Presentación pública de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06), aprobada el 6 de junio de 2006.
- (2012). Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente. AG/doc.5310/12, 26 mayo 2012.
- (2016). Promoción y protección de derechos humanos. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), aprobada el 14 de junio de 2016 (inciso xiv).
- (2017). Promoción y protección de derechos humanos, AG/RES. 2908 (XLVII-O/17). Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017.
- Corte IDH (2009). *Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009*. Serie A No. 20.

Convenios y declaraciones internacionales

- Asamblea General OEA (1948). *Carta de la OEA*, adoptada el 30 de abril de 1948 en Bogotá.
- (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José.
- (1979a). *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado en octubre de 1979 en La Paz, Bolivia.
- (1979b). *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado en octubre de 1979 en La Paz, Bolivia."

Iuris Dictio.

Revista de Derecho

Miscelánea

Nº 20, DIC. 2017

ISSN: 1390-6402

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.

USFQ

El derecho de sufragio de personas extranjeras: de la tradición exclusionista a la desnacionalización de los derechos. Una mirada desde el derecho comparado

Foreign persons right to vote: From the exclusionist tradition to the denationalization of rights. A view from comparative law

KARLA ELIZABETH ANDRADE QUEVEDO
Universidad Internacional SEK

Resumen

En la actualidad, el reconocimiento de derechos políticos a personas extranjeras ha recibido cierta apertura Europa y Latinoamérica; no obstante, la visión *marshalliana*¹ de ciudadanía no ha sido superada y la nacionalidad permanece como el elemento condicionante para el reconocimiento pleno del derecho de sufragio. El mundo globalizado exige que el Estado evolucione, dejando de lado los miedos y paranoias del pasado, para permitir la universalización del sufragio, la obtención de una verdadera democracia representativa y la plena legitimación democrática. Este artículo analiza el derecho de sufragio de personas extranjeras desde la tradición exclusionista clásica hasta la integración de extranjeros a través de la desnacionalización de los derechos políticos, para a partir de ahí contrastar las distintas posturas y alcances que le han dado varios países de Europa y América Latina.

Palabras clave

Derecho de sufragio / Extranjeros / Derecho comparado.

Summary

Recognition of political rights for foreigners has received certain openness in Europe and Latin America; however, the *Marshallian* view of citizenship has not been overcome and nationality remains as the determining factor for full recognition of the right to vote. This globalized world requires State's evolution, leaving fears and paranoia behind to permit universal suffrage, real representative democracy, and full democratic legitimation. This article analyzes foreigners' right to vote from the classic exclusionist tradition to the full integration of foreigners through the denationalization of political rights; from there it contrasts the different postures and scopes that numerous countries from Europe and Latin America have given to this right.

Keywords

Right to vote / Foreigners / Comparative Law.

1. Introducción

Si miramos atrás, la historia demuestra que los derechos de participación política han sido un catálogo de privilegios. Ya en la antigua Grecia la participación en la vida pública del

¹ En 1950, T.H. Marshall definió la ciudadanía como "aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad, donde sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica" (Marshall, 2007, Pg. 37).



Estado estaba reservada únicamente a un grupo reducido de ciudadanos. Desde entonces, la humanidad ha recorrido un largo camino de incansable lucha por la democratización de los derechos políticos. Se han eliminado requisitos como propiedad, edad, religión o género; sin embargo, la nacionalidad persiste como el requisito que mantiene a las personas extranjeras excluidas del más emblemático derecho político: el derecho de sufragio.

En el mundo moderno, la exclusión de los derechos de participación política a los extranjeros se remonta al siglo XVIII cuando la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano consolidó las bases de diferenciación entre hombre y ciudadano. El extranjero pasó a gozar de derechos civiles, como persona, pero fue excluido de la vida política del Estado, pues ese derecho se materializó como un derecho exclusivo de los ciudadanos. Con ello, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía se han mezclado hasta confundirse.

El auge del Estado-Nación endureció la exclusión de personas extranjeras de los derechos políticos. Los sentimientos nacionalistas se vieron representados en las constituciones liberales y aquello provocó la nacionalización de los derechos. Prácticamente durante todo el siglo XIX y XX existió una sólida oposición al reconocimiento de derechos políticos a los inmigrantes (Aja y Moya, 2008).

A finales del siglo XX se produjo una disociación entre nacionalidad y ciudadanía que permitió la ampliación del catálogo de derechos de personas extranjeras. El fortalecimiento del Estado liberal y la expansión de los derechos humanos abrieron la puerta para el reconocimiento de derechos políticos como los de asociación, reunión y manifestación. Además, a partir de 1970, países del norte de Europa empezaron a hablar de la necesidad de reconocer este derecho al colectivo extranjero y se convirtieron en los pioneros de su reconocimiento en el ámbito local.

Los tratados internacionales y los organismos supranacionales han aportado también a la ampliación del catálogo de derechos de personas extranjeras. No obstante, no han contribuido al desarrollo de los derechos políticos. En su mayoría los tratados internacionales reconocen la potestad exclusiva del Estado para regularlos; tienden a hablar de ciudadanos; y permiten incluso su restricción cuando ésta esté justificada dentro de parámetros de objetividad y razonabilidad.

Sin perjuicio de aquello, la creación de la ciudadanía europea, en 1992, constituye un importante giro para el derecho de sufragio de extranjeros. El Tratado de Maastricht provocó reformas en los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros, permitiendo el sufragio activo y pasivo de los extranjeros comunitarios en ámbito local. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho se dio, primordialmente, para cumplir las directrices de la Unión Europea, con lo cual no ha evolucionado más allá.

A día de hoy, la nacionalidad constituye el único impedimento para el reconocimiento pleno del derecho de sufragio activo y pasivo. La concepción de que los derechos políticos se conceden sólo a los miembros de pleno derecho de una comunidad no ha sido superada y sigue siendo la justificación a una limitación innecesaria que impide a los miembros reales de un Estado participar en la vida pública y ser parte del proceso democrático de la sociedad en la que viven. Otros factores como la residencia o permanencia estable en un territorio parecen vínculos más reales para otorgar estos derechos.

Como se verá en este artículo, su reconocimiento a personas extranjeras presenta posturas y alcances muy diversos, aunque todos muy limitados. En su mayoría, los Estados que han otorgado este derecho lo han hecho en el ámbito local y para el sufragio activo; y sólo de forma muy excepcional se lo ha ampliado al sufragio pasivo y al ámbito nacional.

2. Fundamentación clásica de la exclusión de personas extranjeras de los derechos políticos

El Estado-Nación se caracterizó por la homogenización de la comunidad en virtud de rasgos culturales e históricos, por lo que solamente los nacionales compartían sentimientos de apego y fidelidad hacia el Estado. La exclusión del extranjero se convirtió en un mecanismo para garantizar que no se destruya esta unidad y homogeneidad, pues éste carecía de los medios idóneos para tener una adecuada percepción de la realidad política del país y sentir apego real por éste (Aja y Moya, 2008). Debido a su sumisión y dependencia a otro Estado, las personas extranjeras constituían una amenaza inminente para los intereses del Estado. Así, la exclusión era necesaria para evitar que los potenciales enemigos minen los componentes del Estado-nación. En esta línea, Schmitt consideraba que “de otro modo se destruiría la comunidad y la unidad política, y desaparecería la condición esencial de la existencia política; la posibilidad de distinguir en entre el amigo y el enemigo” (Schmitt, 1992, p. 174).

A esto se sumó la soberanía, vista como independencia y negación a cualquier subordinación o limitación de un poder ajeno al Estado. Si la soberanía reside en el pueblo integrado únicamente por nacionales, entonces solamente a ellos les corresponde participar en la toma de decisiones. Para ello, el ejercicio de los derechos de participación política debe ser un privilegio exclusivo de los ciudadanos. De reconocérseles la categoría de elector a los extranjeros, estos pasarían a ser representantes y coautores de la soberanía popular, lo cual, bajo esta premisa, no es factible. Las personas extranjeras, por ser súbditos de otro Estado, padecen subordinación únicamente a su patria y por ende su participación política constituye una injerencia en la independencia del Estado. El voto constituye el instrumento de mayor poder que tienen las personas para incidir en las decisiones que afectan a toda la sociedad y la entrega de este poder a los extranjeros, es visto como una clara afectación a la soberanía y a la seguridad del Estado (Lozano, 1991).

Así, la doctrina más tradicionalista sostiene que la única vía para acceder al goce de los derechos políticos es a través de la nacionalización. Las personas extranjeras deben permanecer excluidas del derecho de sufragio hasta que obtengan la nacionalidad del Estado en el que residen. Sólo cuando pasan a ser súbditos del Estado adquieren todos los derechos como cualquier otro ciudadano, pues así conforma, formalmente, el pueblo soberano (Solanes, 2008).

3. Desnacionalización del derecho de sufragio

Las sociedades contemporáneas están atravesando profundos cambios, especialmente debido a los intensos movimientos migratorios de las últimas décadas. Por lo que, mantener el concepto *marshalliano* de ciudadanía, que excluye a los extranjeros del derecho de sufragio sacrifica principios importantes como la integración, igualdad, cohesión social y la universalización de los derechos. Por ello, existen una serie de fuertes argumentos que respaldan el otorgamiento de los derechos políticos a personas extranjeras.

El más antiguo y que ha sido la bandera de lucha a través de los siglos, es el de la universalización del sufragio para lograr la máxima aproximación del pueblo gobernado al pueblo que gobierna (Presno, 2011). Con la inclusión de nuevos actores, como las personas extranjeras residentes, se lograría una mayor aproximación del verdadero pueblo gobernado y, por consiguiente, una mejora cualitativa y cuantitativa de legitimidad de las decisiones adoptadas dentro del sistema político democrático.

Según la Carta Democrática Interamericana son elementos esenciales de democracia representativa, entre otros, “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;

el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo [...]” (Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 2001). Por consiguiente, su objetivo último es que los miembros reales de la sociedad tomen parte en la elección de sus representantes y en la elaboración de las normas y de la política gubernamental.

Pero cuando el conjunto de participantes en las decisiones públicas no coincide con el conjunto afectados por ellas, aparecen grandes deficiencias de legitimidad democrática. Autores como Kelsen, han afirmado que “el pueblo como conjunto de los titulares de la participación política representa, aún en democracia radical, sólo un pequeño sector de la totalidad de los sometidos a la ordenación política” (Kelsen, 1977). En la actualidad, la población de hecho no coincide realmente con la población de derecho y eso reduce la legitimidad democrática el Estado. No puede hablarse de una verdadera legitimidad de las autoridades públicas que se eligen a través del sufragio si éste no representa el *demos* real. Por lo tanto, desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, los residentes extranjeros deberían tener la posibilidad de intervenir en la creación y modificación del ordenamiento jurídico al que están sometidos. Sólo así desaparecería la diferencia entre ciudadanos de primera y de segunda generación (*denizens*); o lo que es lo mismo, entre personas que deciden y personas que únicamente soportan las decisiones (Rubio-Marín, 2000).

En rigor, un modelo de democracia representativa exige poder participar en la formulación de las decisiones en el ámbito de la vida pública y especialmente en aquellas áreas que afectan derechos y obligaciones de forma inmediata (educación, salud, vivienda, tributos). De lo contrario, esto provoca que una proporción sustancial de personas que están sujetos al Estado, no tengan una verdadera representación local, regional ni nacional que defienda y garantice sus derechos e intereses. Por ende, los nacionales están asumiendo la cuota de representación que les corresponde a los extranjeros y esto va en contra del principio de que la democracia representativa nos impide decidir por otro (Santolaya y Revenga, 2007).

La única forma de maximizar el principio democrático y de legitimidad del Estado es permitir la participación en el ejercicio del poder a todo sujeto que esté sometido al mismo de forma estable, brindándole una conexión y cercanía con la autoridad. Es una exigencia de la propia definición del principio democrático que todos quienes se encuentran subordinados permanentemente a un ordenamiento jurídico deben tener la posibilidad de participar de forma libre, igual y plural. Por consiguiente, lo correcto es que todos aquellos que residen establemente en un Estado democrático sean considerados miembros de la comunidad política y que factores como la residencia estable y permanente en el territorio brinden el reconocimiento pleno de derechos político-participativos, pues sólo eso permitirá garantizar los pilares estructurales de los Estados actuales. La democracia representativa y liberal exige construir un *demos* que incluya a todos aquellos individuos sujetos, de forma permanente, a la autoridad del Estado, más allá de cualquier consideración respecto a su filiación o dependencia a otro Estado². Habermas señala que:

Los derechos políticos son principios constituyentes valiosos en sí mismos y merecen reconocimiento, puesto que sin su concurso no puede un ordenamiento merecer obediencia. Sólo sobre la base de la participación pueden los extranjeros experimentar el convencimiento de que, obedeciendo leyes, se obedecen a sí mismos (Habermas, 2010, pg. 141).

2 La temporalidad constituye un factor a ser definido por cada Estado, no obstante, como se verá más adelante, el tiempo de residencia habitualmente oscila entre los 2 y 5 años.

Este planteamiento es muy importante pues sólo la participación política puede integrar y corresponsabilizar al extranjero de las decisiones y los planes para el bien común de la sociedad. Permitir su participación, intensificaría su interés por la actividad pública y la política, se generaría una integración real y se garantizaría el ejercicio pleno de sus derechos. Al no ser parte del grupo que influye en la creación de la voluntad general, no se identifica con las normas y decisiones adoptadas, éstas no necesariamente responden a sus intereses y por ende no puede ejercer sus derechos a plenitud. Sólo la plena participación de todos los individuos que conforman la sociedad asegura la legitimidad y efectividad de las decisiones y el respeto por los derechos humanos. Sobre este aspecto, la Corte IDH ha determinado que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención” (CIDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 143).

4. El derecho de sufragio de los extranjeros como mecanismo de integración

Tradicionalmente, la integración de los extranjeros era vista como “asimilación”; es decir, como adaptación a la uniformidad cultural del país de acogida. Así, la integración se encontraba condicionada a la consecución de su mimetización respecto de la mayoría, pues con ello se evitaba la pérdida de la homogeneidad y la estabilidad de la sociedad de acogida (De Lucas, 1994). Esto, constituía una especie de clonación, puesto que su objetivo último era lograr que los inmigrantes abandonen sus orígenes y se conviertan en ciudadanos de la sociedad de acogida (Massó, 1997).

Actualmente, en cambio, la integración es entendida como un proceso de inserción y de equiparación de derechos en la diferencia. Es decir, la sociedad de acogida debe procurar la promoción de las condiciones que permitan que las relaciones entre todos los miembros de la sociedad se desarrollen con base en la igualdad jurídica. Con ello, la integración pretende la inclusión social real de los extranjeros sin sacrificar la diversidad. Por lo que, la incorporación del derecho de sufragio constituye una herramienta clave para la integración. Habermas ha propuesto que:

[...] Se relativice la propia forma de existencia atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que se reconozcan iguales derechos a los otros, a los extraños, con toda su idiosincrasia y todo lo que en ellos nos resulta difícil de entender, que uno no se empecine en la universalización de la propia identidad, que no excluya y condene todo cuanto se desvíe de ella (Habermas, 1989, pp.118-119).

Con su teoría del universalismo busca una integración absoluta mediante la entrega de iguales derechos a todos, sin importar su origen o procedencia. Bajo esta premisa, el proceso de integración se convierte en una relación simbiótica que, en su significado más básico, ocurre cuando dos o más individuos se unen beneficiándose unos de otros y sacando siempre provecho de su vida en común. Así, una integración real y efectiva crearía ese vínculo de dependencia mediante el cual todos los miembros de la sociedad obtienen beneficios y todos tienen los mismos derechos y obligaciones, promoviendo y procurando el bien común. Para poder alcanzar ese nivel de integración, el reconocimiento pleno de derechos constituye una medida ideal.

La pertenencia a una sociedad no sólo proviene del vínculo político-jurídico de la nacionalidad sino de un vínculo fundamentalmente social y fáctico que nace y se crea a partir de hechos sociales como el trabajo, la residencia, el asentamiento de la familia y la participación en la vida social y cultural. En consecuencia, la residencia estable en un Estado

constituye un factor más adecuado para el otorgamiento de este derecho con miras a una integración real en la sociedad de acogida.

Además, desde una perspectiva de derechos humanos, la participación política permite el libre desarrollo de la persona y de su personalidad. La dignidad y la plena realización del individuo se logran a través de su participación en su comunidad. Conviven, trabajan y se desarrollan diariamente con la sociedad de acogida y merecen poder participar plenamente en ella. Si no se garantiza esta posibilidad, se pierde la integración y se genera marginación, división y tensión en de la sociedad de acogida, que no permite a las personas extranjeras desarrollarse libremente y ejercer a plenitud sus derechos humanos.

Es importante mencionar que al estar los derechos humanos interconectados, la única forma de conseguir su pleno ejercicio es que no se queden por fuera parte de los derechos de participación política. La Corte IDH ha manifestado que:

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático (Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 140).

Por tanto, por su importancia las personas extranjeras merecen gozar de la totalidad del catálogo de derechos políticos.

5. Estado actual del derecho de sufragio de los extranjeros en el derecho comparado

Para este estudio se escogió 14 Estados de Europa y América Latina, los cuales constituyen casos interesantes de estudio por el desarrollo o tratamiento que le han dado al derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros dentro de su ordenamiento jurídico. Se los ha agrupado en 4 subcategorías que recogen los distintos escenarios existentes y que permiten ejemplificar y tener una visión adecuada del estado actual del sufragio de personas extranjeras en el derecho comparado.

5.1. Estados que reservan el derecho de sufragio sólo a sus nacionales

5.1.1. Italia

Según el Artículo 48.1 de su Constitución “son electores todos los ciudadanos hombres y mujeres que hayan alcanzado la mayoría de edad”. Así mismo, el Artículo 51.1, establece que “todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la Ley”. Estos mismos principios están recogidos en su Ley Electoral del 20 de marzo de 1967. Por consiguiente, dado que sólo es ciudadano aquel que tiene la nacionalidad italiana, el derecho de sufragio de los extranjeros está completamente vetado.

La única excepción es la participación de los extranjeros comunitarios en las elecciones municipales, que se incluyó mediante Decreto Legislativo de 12 de abril en 1996, para cumplir con el Tratado de Maastricht.

De momento, sólo se han podido crear cauces alternativos de participación. Así, por ejemplo, en el Ayuntamiento de Roma, en el 2004, se eligieron cuatro representantes extranjeros municipales, uno por cada continente de proveniencia (excepto Europa) y se les dio la facultad de presentar propuestas y demandas en representación de los colectivos inmigrantes (De Lucas y otros, 2008).

5.1.2. Alemania

La Ley Fundamental de Bonn en su Artículo 20.2 dispone que “todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” y el Artículo 28.1 añade que “en los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea”.

El texto constitucional alemán cierra completamente cualquier posibilidad de otorgar derechos de participación política a los inmigrantes, por dos razones: 1. La soberanía emana del pueblo integrado por los ciudadanos alemanes, quienes ostentan la nacionalidad sobre la base del más estricto *ius sanguinis*. 2. Se aclara específicamente que sólo los extranjeros comunitarios tienen derecho a participar en las elecciones locales (Santolaya y Revenga, 2007).

A finales de los ochenta Alemania experimentó dos intentos locales de ampliar los derechos de los extranjeros. En la ciudad-Estado de Hamburgo y en Schleswig-Holstein. En este último, el parlamento reformó su Ley Electoral y atribuyó el derecho de sufragio en las elecciones locales a nacionales de 6 países del entorno que reconocían el mismo derecho a los alemanes. No obstante, el Tribunal Constitucional Federal declaró su inconstitucionalidad, el 31 de octubre de 1990, y declaró que:

La expresión de pueblo como titular del poder que emplea tanto la Ley Fundamental como las constituciones de los Länder en cuestión, implica una restricción al derecho de sufragio únicamente a los plenos ciudadanos alemanes, excluyendo por tanto, que el legislador pueda reconocer el derecho a la participación de los extranjeros en las elecciones locales. El poder del Estado en la República Federal es la emanación de los súbditos alemanes en virtud de la Ley Fundamental y que en consecuencia sólo los alemanes pueden participar en las elecciones aunque sea sólo a nivel municipal (Lozano, 1991, pp. 30-38).

5.1.3. Francia

El Artículo 3 de la Constitución Republicana de 1958 dispone que “son electores en las condiciones determinadas por la Ley, todos los ciudadanos franceses mayores de edad, de ambos sexos, que gocen de derechos civiles y políticos”; haciendo imposible la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros.

En los años ochenta, a pesar de la clara exclusión constitucional de los extranjeros, dos municipios franceses (Nos en Barouel y Longjumeau) incluyeron tres consejeros municipales con carácter de “asociados” al Consejo Municipal, elegidos directamente por la población extranjera domiciliada dentro del municipio, que podían intervenir con su criterio en asuntos relacionados con la inmigración o en temas de interés para el colectivo inmigrante. No obstante, esta decisión fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Versalles, en 1991.

Cuando se firmó el Tratado de Maastricht, el Consejo Constitucional consideró que el reconocimiento del derecho de sufragio local a los ciudadanos comunitarios era contrario a la Constitución en la medida en que la elección de los consejeros municipales tiene incidencia en la composición del Senado. Por tanto, Francia debió efectuar una reforma constitucional para incluir una excepción respecto a los ciudadanos comunitarios. Actualmente, el Artículo 88.3 señala que:

[...] de acuerdo con criterios de reciprocidad y del modo previsto por el tratado de la Unión Europea, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales sólo podrá concederse a los ciudadanos de la Unión Europea residentes en Francia, quienes no podrán ejercer las funciones de alcalde o teniente de alcalde ni participar en la designación de electores senatoriales ni en la elección de los senadores. Una ley orgánica votada en los mismos términos por las cámaras determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.

5.1.4. México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su Artículo 35 que son derechos exclusivos del ciudadano: “I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley”. En cuanto a las obligaciones de los ciudadanos dispone que, entre otras, deberán:

III. Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

En consecuencia, dado que el texto constitucional mexicano ha reservado la participación política activa y pasiva exclusivamente a sus nacionales, el sufragio de los extranjeros está completamente vetado.

5.2. Estados que conceden el derecho de sufragio a determinados extranjeros

5.2.1. Reino Unido

En el Reino Unido el derecho de voto se encuentra reconocido únicamente a los ciudadanos de la *Commonwealth* por los lazos históricos de unión que comparten. Al tenor de la Ley de 1981, cuando se hace referencia al concepto de ciudadano se incluye, además de a los británicos, a los nacionales de todos los países de la *Commonwealth*. Así, de acuerdo con la Ley sobre Representación del Pueblo de 2000, pueden votar en todas las elecciones los ciudadanos británicos, irlandeses y los miembros de países pertenecientes a la *Commonwealth*; siempre que sean mayores de edad, estén censados en una circunscripción electoral y no estén sometidos a ninguna incapacidad legal.

Respecto a las elecciones locales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley sobre Representación del Pueblo (de 1949 y actualizada en el 2000) los súbditos británicos y los nacionales de Irlanda son electores en la medida que tengan domicilio en un distrito electoral determinado. A estos se suman también, según el Artículo 2 inciso b, todos los ciudadanos comunitarios mayores de edad.

Es preciso señalar que conforme lo dispuesto en la normativa electoral, el ejercicio de este derecho se encuentra sujeto a dos requisitos: La inscripción del extranjero dentro de las listas del censo electoral y la residencia por un periodo amplio de tiempo. Dado que la ley no prevé requisito temporal para registrarse como elector, le corresponde a un juez la apreciación de tal hecho (Arnaldo y otros, 1999).

5.2.2. España

El Artículo 13.2 de la Constitución española de 1978 determina que “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el Artículo 23, salvo lo que, atendiendo a

criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales”. Complementariamente, el Artículo 23.2 establece que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por intermedio de representantes; así mismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”. Finalmente, el Artículo 68.5 del mismo texto constitucional determina que son “electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos”.

En virtud del contenido literal de la norma constitucional, el derecho de sufragio de los extranjeros es una excepción circunscrita únicamente al ámbito local y al sufragio activo, aplicable sólo para residentes legales bajo criterios de estricta reciprocidad, que deberá estar previsto mediante tratado internacional o ley.

Actualmente, España cuenta con acuerdos bilaterales con países como Argentina, Bolivia, Cabo Verde, Colombia, Uruguay, Venezuela, Chile, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay y Perú. Además, por el Tratado de Maastricht, también cuentan con derecho el sufragio activo y pasivo local los ciudadanos europeos.

5.3. Estados que conceden el derecho de sufragio a todos los extranjeros residentes en el ámbito local

5.3.1. Suecia

La Constitución de 1975, en su Artículo 3, en principio, reserva el derecho de sufragio a sus ciudadanos, pues limita el derecho de sufragio en las elecciones parlamentarias a los nacionales suecos. No obstante, constitucionalmente no se define quien tiene derecho de sufragio en las circunscripciones locales, lo que permitió que, tras una reforma electoral efectuada en 1976, todos los extranjeros puedan participar en las elecciones municipales. A partir de entonces, conforme a su Ley Electoral, tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales todos aquellos extranjeros que tengan residencia legal igual o mayor a tres años antes de que se produzcan las elecciones. Posteriormente, con la firma del Tratado de Maastricht, el requisito de residencia mínima fue abolido para los ciudadanos comunitarios y nórdicos.

Pese a que, en principio, la participación de los inmigrantes está limitada a los comicios locales y regionales, la normativa sueca concede al Parlamento la facultad de ampliar, excepcionalmente, el derecho de voto de los extranjeros en ciertos referendos nacionales. Se ha llevado a cabo en dos ocasiones: En las consultas sobre la energía atómica de 1980 y en la consulta sobre la adopción de la moneda única europea (De Lucas y otros, 2008).

La participación de los extranjeros ha supuesto algunos cambios dentro del proceso electoral sueco, pues han debido adaptarlo para que sea comprensible y amigable con los inmigrantes; muestra de ello es que en la actualidad las papeletas de votación son publicadas en cuatro lenguas distintas.

5.3.2. Dinamarca

Desde 1849, Dinamarca reconoció derechos políticos a todos los residentes, sin importar su nacionalidad (derechos de expresión, asociación, sindicación y afiliación a los partidos políticos). No obstante, no fue sino hasta 1977 que se efectuó la extensión del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros. Su reconocimiento se llevó a cabo en 3 fases: En 1977, otorgó el derecho de voto dentro de las elecciones locales y regionales a los residentes de los países nórdicos. En 1981, se modificó la Ley reguladora de las elecciones municipales (Ley 143, 30 de marzo 1981) y se incluyó el derecho de sufragio local para los inmigrantes

precedentes del resto de países. Además, se establecieron los requisitos que deben reunir los extranjeros que deseen participar en los comicios locales: Tener mínimo 18 años, estar domiciliados en el respectivo municipio y haber residido en Dinamarca al menos 3 años antes de efectuadas las elecciones. Finalmente, en 1995 se extendió, de manera específica, este derecho a todos los ciudadanos de la Unión Europea y se abolió el requisito de residencia mínima para residentes comunitarios y nórdicos.

Lamentablemente, en la actualidad, Dinamarca se ha distanciado de las tendencias integradoras. A partir del año 2001 las políticas de inmigración se han vuelto cada vez más restrictivas y de manera constante se debate la posibilidad de volver atrás y reservar los derechos políticos a los ciudadanos daneses. Estas propuestas son parte de la agenda de los partidos conservadores, especialmente porque el número de extranjeros con derecho de voto se ha cuadruplicado en los últimos años y estiman que puede constituir un riesgo para la soberanía del Estado.

5.3.3. Países Bajos

La Constitución de 1983 incluyó la posibilidad de conceder el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, en las elecciones locales, a todos los extranjeros residentes. Así, su Artículo 130 estipula que el derecho a elegir a los miembros del consejo municipal y el derecho a ser miembro de un consejo municipal deberá ser garantizado a través de una Ley del Parlamento a los residentes extranjeros, siempre que cumplan al menos los requisitos aplicables a los nacionales de los Países Bajos. Para hacer efectivo este precepto, en ese mismo año, se llevó a cabo una reforma al Código Electoral y se estableció que los residentes no nacionalizados pueden participar en las elecciones para el ayuntamiento, siempre que estén jurídicamente establecidos en los Países Bajos por lo menos con cinco años de anterioridad a las elecciones.

Actualmente, la Ley Electoral de 28 de septiembre de 1989 (modificada en 2005) dispone que para que los extranjeros no comunitarios puedan participar como electores o elegibles en las elecciones locales, deberán tener 18 años el día que se celebren las elecciones y ser residentes de la municipalidad correspondiente. Además, deberán contar una residencia legal e ininterrumpida de 5 años o ser portadores de un permiso de residencia permanente. El requisito de estancia previa debe ser comprobado ex officio por las autoridades municipales en el Padrón General de Población.

Las primeras elecciones en las que tuvieron ocasión de participar los extranjeros residentes fueron en 1986 y, aunque su participación no fue elevada, se obtuvieron resultados importantes pues consiguieron un total de 20 consejeros municipales extranjeros (Arnaldo y Rodríguez-Drincourt, 1998). En las últimas décadas su participación se ha incrementado considerablemente; los estudios reflejan que las cifras de participación se han cuadruplicado y que actualmente la mitad de todos los concejales del país son de procedencia extranjera (Moya y Viñas, 2010).

5.3.4. Argentina

En la última reforma constitucional se incorporó un capítulo denominado Nuevos Derechos y Garantías, en el cual se incluyó la regulación constitucional de la participación política. En su Artículo 37 se dispuso que:

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones

y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Por lo que a nivel constitucional no existe un impedimento para el sufragio activo de los extranjeros en los procesos electorales. No obstante, a nivel federal, la ley si establece como condición para el ejercicio del derecho de sufragio la ciudadanía; manteniendo reservado este derecho únicamente a los argentinos por nacimiento, por opción o por naturalización. Lo mismo sucede con el sufragio pasivo, ya que la Constitución Federal establece la ciudadanía como requisito para ejercer cargos como presidente, vicepresidente, diputado o senador (Perícola, 2015).

Debido a que Argentina es una República Federal y que sus provincias tienen autonomía para definir sus instituciones locales y elegir a sus autoridades, a nivel provincial y municipal, sí se ha extendido la posibilidad de participación política de los extranjeros residentes. Veinte y dos provincias argentinas reconocen el derecho de sufragio a los extranjeros, aunque en distintos alcances y con diferentes presupuestos y requisitos. Así, por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires, mediante Ley No. 11.700 Extranjeros-Régimen Electoral, en su Artículo 1, dispuso que:

Los extranjeros, de ambos sexos, mayores de edad, que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el territorio de la provincia de Buenos Aires, podrán ser electores en todos los comicios que se realicen para elegir Gobernador, Vicegobernador, Legisladores Provinciales, Intendentes Municipales, Concejales, Consejeros Escolares y Diputados Constituyentes, así como pronunciarse en todo tipo de consulta popular y en los plebiscitos contemplados en el artículo 206, inciso b de la Constitución de la Provincia.

Asímismo, permite la participación de los extranjeros como candidatos en las elecciones municipales, siempre que tengan más de cinco años de residencia en la provincia y consten inscritos en el registro especial.

5.3.5. Colombia

Su Constitución en el Artículo 100 establece que “los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”. Así, el derecho de sufragio activo a los extranjeros se otorgó a través de la Ley N° 1070 de 31 de julio de 2006. En su Artículo 2 ésta determina que las elecciones en las que podrán participar los extranjeros residentes en Colombia serán las de alcaldes Distritales y Municipales, Concejos Distritales y Municipales, y Juntas Administradoras Locales Distritales y Municipales en todo el territorio Nacional; y, para ejercitar este derecho deberán inscribirse en la Registraduría Nacional del Estado Civil, en los términos fijados por la ley.

5.4. Estados que conceden el derecho de sufragio a los extranjeros en todos los procesos electorales

5.4.1. Chile

Conforme al Artículo 14 de su Constitución:

Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años y que cumplan con los requisitos señalados por el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la Ley.

A este efecto, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios (Ley 18.700) no han incluido ninguna restricción respecto al tipo de elecciones en las que pueden participar los extranjeros. En el Artículo 60 de la Ley se dispone que “son electores, para los efectos de esta Ley, los ciudadanos y extranjeros que figuren con inscripción vigente en los registros electorales”.

En cuanto a los requisitos para ejercer el derecho de sufragio, la propia Constitución establece que deberán cumplir los mismos que los ciudadanos chilenos: Haber cumplido 18 años de edad y no haber sido condenados a pena aflictiva (Art. 13). Como complemento, la Ley 18.556 Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones y Servicio Electoral, en su Artículo 2 dispone que los ciudadanos y extranjeros deberán inscribirse en los registros electorales; pudiendo hacerlo los chilenos que cumplan 18 años y los extranjeros que, además de haber cumplido esa edad, hayan estado vecindados en Chile durante al menos cinco años y cuenten con el correspondiente certificado del Ministerio del Interior.

5.4.2. Ecuador

En Ecuador, desde la aprobación de la Constitución de 2008 no existe distinción alguna entre nacionales y extranjeros a la hora de otorgar los derechos. Así, en su Artículo 9 se establece que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

Concretamente, respecto del derecho de sufragio, el Artículo 62 dispone que “las personas en goce de sus derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, secreto y escrutado públicamente” y el Artículo 63 completa esta disposición al establecer que “las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años”.

Por su parte, el Código Orgánico de la Democracia determina que el voto de los extranjeros será facultativo y lo podrán ejercer desde los 16 años de edad, para lo cual deberán inscribirse en el Registro Electoral, de conformidad con la normativa que el Consejo Electoral emita para ello.

En cuanto al derecho de sufragio pasivo, el Ecuador también les reconoce este derecho a los extranjeros aunque con ciertas limitaciones. En el Artículo 61 de la Constitución se establece que los extranjeros gozarán de los derechos de participación en lo que les fuere aplicable y veta a los extranjeros únicamente de la posibilidad de ser candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República. Además, la norma electoral ecuatoriana establece que para postularse como candidatos los extranjeros deberán cumplir los mismos requisitos que los ecuatorianos y haber vivido en la respectiva jurisdicción al menos dos años de forma ininterrumpida.

6. Conclusiones

Pese a ser un importante elemento de la democracia representativa y de la integración, el reconocimiento del derecho de sufragio a personas extranjeras en el derecho comparado sigue siendo parcial y muy limitado. Se ha extendido el derecho de sufragio activo (elegir) pero casi siempre para el ámbito local, pues salvo en Ecuador y Chile las elecciones nacionales corresponden únicamente a nacionales. En el ámbito pasivo en cambio, el sufragio permanece restringido, muy pocos lo otorgan a nivel local e incluso Ecuador lo restringe para el cargo de presidente.

Uno de los factores más influyentes en el nivel de apertura de los Estados hacia el reconocimiento de derechos de los extranjeros tiene que ver con su historia más reciente como receptores o emisores de inmigración. Alemania, Francia o Italia, que han sido grandes

receptores de inmigración en las últimas décadas, mantienen vetado este derecho a los extranjeros; mientras que Ecuador, emisor y receptor de importantes flujos migratorios, ha reconocido la ciudadanía universal y el derecho de sufragio activo y pasivo.

El derecho de sufragio de personas extranjeras bajo criterio de reciprocidad o pertenecientes a países “amigos” demuestra que la visión del extranjero como potencial enemigo no ha sido superada y por ello se imponen requisitos que brinden confianza.

Pese al cierre normativo, la necesidad de integración y reconocimiento de derechos a las personas extranjeras está presente hasta en los Estados más conservadores, tanto que éstos han debido buscar mecanismos alternativos de participación para la integración de los extranjeros residentes.

Los Estados que permiten el sufragio activo en todos sus procesos electorales son una excepción, pero evidencian la factibilidad de otorgar estos derechos sin riesgos.

A día de hoy no existe un país que otorgue igualdad plena y ciudadanía universal completa, pues incluso en Ecuador, la posibilidad de ser candidato presidencial está vetada a personas extranjeras.

La universalización del sufragio, la legitimidad democrática y la democracia representativa exigen que se incorpore a todos los miembros reales de una sociedad sin importar su nacionalidad, acudiendo a factores más reales como la residencia permanente.

Lamentablemente, las tendencias políticas conservadoras actuales convierten el reconocimiento pleno de derechos de las personas extranjeras en un difícil reto. El endurecimiento en las políticas migratorias, la propensión al cierre de fronteras y los discursos políticos cargados de nacionalismos hacen más dura la lucha por la universalización de los derechos.

Referencias bibliográficas

- Aja, E y Moya, D. (2008). El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. En E. Aja, J. Arango y J. Oliver (eds). *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España*. Barcelona: Bellaterra S.L.
- Arnaldo, A. y Rodríguez-Drincourt, J. (1998). Una revisión crítica del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales ante la primera aplicación en España. *Revista de las Cortes Generales*, 1 (45), 185-212.
- De Lucas, J. (1994). *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Temas de Hoy.
- De Lucas, J. et. al. (2008). *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos.
- (2010). *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y Valor de la democracia*. Madrid: Guadamarra.
- López, A. (2005). *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*. Barcelona: Anthropos.
- Lozano, J. (1991). *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. Cuadernos de la Escuela Diplomática*. Madrid: Escuela Diplomática.
- Marshall, T. (2007). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Massó, M. (1997). *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el acceso a las funciones públicas*. Madrid: Colex.

- Moya, D. y Viñas, A. (2010). *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Barcelona: Fundación Carles Pi I Sunyer.
- Perícola, M. (2015). El derecho de sufragio de los extranjeros. *Pensar en Derecho*, 7. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Presno, M. (2011). *El derecho de voto: un derecho político fundamental*. Autopublicación. <<https://presnoliner.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-polc3adtico-fundamental-libro.pdf> >
- Ramiro, M. (2008). El derecho de sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI. *Revista Derechos y Libertades*, 2 (18), 97-124.
- Rodríguez-Drincourt, J. (1997). *Los derechos políticos de los extranjeros*. Madrid: Civitas S.A.
- Rubio-Marin, R. (2000). *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*. Inglaterra: Cambridge University Press.
- Santolaya, P. (2008). *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santolaya, P. y Revenga, M. (2007). *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Solanes, A. (2008). La participación política de las personas inmigrantes: Cuestiones para el debate. *Revista Derechos y Libertades*, 2 (18), 67-95.

Sentencias

- Corte IDH (2008) *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- (2009). *Código Orgánico de la Democracia*. Registro Oficial Suplemento 578, 27 de abril de 2009.
- Asamblea Federal de Austria (1920). *Constitución de la Primera República de Austria*. Austria, 1 de octubre de 1920.
- Parlamento de la República de Francia (1958). *Constitución de la Quinta República Francesa*. 4 de octubre de 1958.
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos (1917). *Constitución Política de los Estados Mexicanos*. Diario Oficial 30, 5 de febrero de 1917.
- Congreso de la República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991.
- (2006). *Ley N° 1070*. Diario Oficial No 46346, 31 de julio de 2006.
- Congreso Nacional de Chile (1998). *Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios de Chile, Ley N° 18.700*. Diario Oficial No 33.064, 6 de mayo 1988.
- (1986). *Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral de Chile, Ley N° 18.556*. Diario Oficial No 32.855, 1 de octubre de 1986.
- Consejo de Estado Chileno (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. 21 de octubre de 1980.
- Cortes Generales (1978). *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado 311.1, 9 de

diciembre de 1978.

Estados Generales de los Países Bajos (2000). *Constitución del Reino de los Países Bajos*. 24 de agosto de 1815, reformada el 2000.

Parlamento Unicameral de Dinamarca (1953). *Constitución del Reino de Dinamarca*. Boletín Oficial, 5 de junio de 1953.

Parlamento de la República de Italia (1948). *Constitución de la República Italiana*. Boletín Oficial, 1 de enero de 1948.

Parlamento de la República Federal de Alemania (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Gaceta Oficial Federal 1, 23 de mayo de 1949.

Parlamento del Reino Unido (1949). *Representation of the People Act*. 24 noviembre 1949
Parlamento Unicameral de Dinamarca (1981). *Ley N° 143*. 30 de marzo de 1981.

Convenciones, tratados y conferencias

Asamblea Nacional Constituyente Francesa (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Firmada el 26 de agosto de 1789.

Organización de los Estados Americanos (2001). *Carta Democrática Interamericana*. Firmada el 11 de septiembre de 2001.

Parlamento Europeo (1992). *Tratado de Maastricht*. Adoptado el 7 de febrero de 1992.

Constitutional adjudication in the system of separation of powers.
American impacts in Hungary
Ajudicación constitucional en el sistema de la separación de poderes.
Impactos americanos en Hungría

LÓRÁNT CSINK
Pázmány Péter Catholic University

Summary

Throughout the world one can find two basic models of constitutional adjudication: the American and the Kelsenian ones. At first sight one could easily differentiate them with the mere fact that in the American model there is no separate constitutional court; constitutional adjudication is incorporated into the judicial system.

The essay argues that the differentiation is more complicated. The base of distinction is not the existence of a constitutional court. The essay chooses a functional approach and analyses if the activity of constitutional adjudication is closer to the judicial branch or it is “negative legislation” as Kelsen originally thought. Such an approach requires the analysis of separation of powers and the competences of constitutional courts; especially the abstract law review and individual complaint.

Hungary’s new constitution changed the role of the constitutional court. The essay concludes that due to the changes the Hungarian system of constitution adjudication made a great step towards the American model from the Kelsenian one.

Keywords

Separation of Powers / Constitutional Adjudication / Kelsen / Hungary / Individual Complaint.

Resumen

Alrededor del mundo se pueden encontrar dos modelos básicos de adjudicación constitucional: el americano y el kelseniano. A primera vista se podría diferenciar fácilmente el uno del otro por el mero hecho de que en el modelo americano no hay una corte constitucional separada. La adjudicación constitucional está, así, incorporada en el propio sistema jurídico.

Este trabajo propone que dicha diferenciación es más complicada de lo que parece y que el fundamento de distinción no es la existencia de una corte constitucional. Al seguir un enfoque funcional este trabajo busca, en cambio, analizar si la actividad de adjudicación constitucional es más cercana al poder judicial o bien es una “legislación negativa”, tal como pensaba Kelsen. Este enfoque se articula en un análisis de la separación de poderes y competencias de las cortes constitucionales, especialmente a partir de dos nociones: la revisión abstracta del derecho y el reclamo individual.

La nueva constitución de Hungría cambió el papel de la corte constitucional. Este trabajo concluye que debido a estas modificaciones el sistema de adjudicación constitucional húngaro tomó un giro desde el modelo kelseniano hacia aquel americano.

Palabras clave

Separación de poderes / Adjudicación constitucional / Kelsen / Hungría / Reclamo individual.



Separation of powers is one of the most basic principles democratic states are based on. Everyone finds it obvious that legislative, executive and judicial branches have to be divided and checks and balances have to be established. Still, there is no common standpoint what exactly separation of powers means. In order to place constitutional adjudication, the meaning of separation of powers has to be clarified first.

Why to separate powers? There are several arguments saying that state powers should not, or cannot be separated. There are great differences among the ideas of Rousseau, Marxist scholars and some modern, democratic theorists denying separation of powers but their common base is that the people's representative body, the parliament has no equal opponent, therefore, there can be no balance among the branches. On the other hand, mainstream ideology finds it necessary to establish checks and balances in the legal system. Even though they do not have a common base, three different tendencies can be identified.

The most apparent feature of *complex separation* is that it looks beyond the classic branches of powers. It examines not only legislative, executive and judicial branches but also identifies other actors of power (media, economic enterprises, NGO-s etc.). Complex separation concludes that checks and balances are in transition and they are the ideas of 18th and 19th century nation-states. By the late 50s separation of power became more complex. Due to globalisation and supranational activities the public power of the state is practically restricted on the one hand¹; and state power is also restricted internally because of independent media and NGOs². According to this concept, in practice they prove to be greater balances over the government's policy than any national judicial power.

Secondly, *parliamentarist separation* roots in the fact that the government has majority in the parliament in parliamentary states, as a result of which government and parliament have a common political base. Legislative and executive branches are united, forming a political branch that is balanced by a neutral branch, consisting of organs like the judiciary, the constitutional court, the ombudsman and the president. This theory observes the balances between the political and the neutral branches.

Finally, the tendency of *modernised Montesquieu* is based on the classic separation and intends to apply it to contemporary systems. The focus is not the political nature of organs but their functions and it examines if functions of an organ have a legislative, executive or judicial character. The present essay examines the functions of constitutional adjudication within these frames.

1. Theoretical base of constitutional adjudication

Two questions are ever so prevalent both in legal literature and in public life: to what extent may constitutional jurisdiction limit the operation of popular representation, and *vice versa*, do parliaments have the possibility to restrict constitutional jurisdiction? In other words the question is whether the state is observant of the individuals' personal freedom (i.e. whether human rights are ensured) and on the other hand, wherein lies the people's sovereignty in the course of the practice of state power?

The basic dilemma seems to be that constitutional jurisdiction is a counter-majoritarian function, as in this case a non-democratic (i.e. non-representative) body overrules the decision of the parliament — a body possessing direct legitimacy— (Dorsen et al., 2003, pp. 108-109). Therefore it is necessary to examine how judicial review complies with the principles of democracy and also to search for the theoretical basis of the phenomenon where a judicial organ

¹ For more details see Muir Watt (2006, p. 441-446) and Dorsen et al. (2003 pp. 47 and following)

² In Hungarian legal literature the idea originates in István Bibó (1982, pp. 556-558).

steps up against the majority with reference to the protection of constitutional democracy.

The simple answer that the legitimacy of the Constitutional Court derives from the national constitution itself is insufficient. Particular legitimacy depends on many other circumstances, such as the election of the Constitutional Court, the order of nomination, the legal rank of the Act on the Constitutional Court (Ádam, 1996, p. 393). This approach focuses on the issue of social legitimacy and highlights the importance of the efficiency of constitutional jurisdiction and the result of its jurisprudence. Furthermore, it also inquires how constitutional adjudication meets social requirements. In other words: people's sovereignty emphasizes the "will" of the people, while the theory of the basic statute focuses on the restriction of the people's representation (McCloskey, 1995, p. 40).

Bruce Ackerman approaches the question from a different point of view. In his research related to constitutional politics, he distinguishes between monist and dualist theories. A possible monist standpoint insists on parliamentary supremacy, according to which the operation of the democratic body (popular representation) cannot be restricted in any way. The other monist view stresses the protection of basic rights instead of democratic principles asserting the priority of constitutional control. Last but not least, dualist democratic theory—the view Ackerman accepts—implies that the freedom of the parliament is rather broad. Nevertheless, this theory states that temporary majority does not suffice for changing basic principles; it also needs support from a wide range of people³.

As a matter of fact, the monist theory of parliamentary supremacy stresses political control rather than legal control. The reason why the monist theory of parliamentary sovereignty is so popular in post-communist states seems to be that this principle formed part of socialist doctrine for 40 years, although in reality, it never prevailed. It might be difficult for national parliaments to adhere to the new situation, in which there is no one single source of power, but a harmonized construction of different centres of power (Sólyom, 2007, p. 427).

The monist theory of the primacy of constitutional control reckons that basic rights are naturally given and declares primacy of legal (constitutional) control over political (people's) control. According to the radical view of this theory, basic rights derive neither from the constitution nor from the people but from abstract principles. On the other hand, dualist democratic theory holds that the constitution—including also basic human rights—is the basis of social organization. Constitutional jurisdiction, in their view, is the enforcement of the constitution implying social principles and values over the present majority's will. Consequently, constitutional jurisdiction still protects majority; yet not the short-term will of the people but the long-term majority.

In sum, how can one define the relationship between constitutional jurisdiction and legislative power? The answer depends on how one defines the position of the Constitutional Court in the system of the separation of powers. To this end, the functions of the Constitutional Court have to be considered: according to their nature are they closer to the functions of the legislative branch or rather to that of the judiciary? The content of constitutional jurisdiction—including the definition of the sphere of authorities—depends on the position of the Constitutional Court in the system of the separation of powers. Having regard to all the above, this essay examines the models of constitutional jurisdiction in order to find the answer how the reconstructed Hungarian Constitutional Court's competence fits in the state organisation, with particular concern to how it relates to the decentralised American model.

³ Bruce Ackerman's thoughts summarized by Paczolay (1995, p. 19).

2. The correspondence between the model and the content of constitutional jurisdiction

When introducing the models of constitutional jurisdiction legal literature usually compares the American and the Kelsenian model. The typical difference between the models is that the American model deals with individual complaints, while the Kelsenian model uses abstract law review. European constitutional courts are rooted in the Kelsenian theory mainly; notwithstanding the fact that in several European countries constitutional courts apply the review of particular cases as a general rule. The hypothesis of the essay is that the individual and abstract character of judicial review basically defines the place of constitutional jurisdiction in the system of the separation of powers.

As a definition of abstract law review, one may say that it is the kind of constitutional jurisdiction where the examination of the law takes place irrespective to the particular case. By contrast, in the case of individual complaints, the constitutional question emerges in the framework of a judicial procedure (Dorsen et al., 2003, p. 114). Another important distinction may be that decisions rendered on the basis of individual complaints affect the judgements in particular cases, unlike in the case of the abstract review of the law⁴.

3. The nature of American constitutional jurisdiction

Regarding its function, the decentralized model of constitutional jurisdiction is not separated from ordinary jurisdiction. As a result, there is no separate constitutional procedure in the United States of America (Dorsen et al., 2003, p. 114), much rather, a constitutional question is *incidenter* in ordinary judicial court procedure (Paczolay, 2010, p. 222). In the famous *Marbury v. Madison* case (1803) establishing judicial review in the United States, chief justice John Marshall argued that the presence of a written constitution and an independent judiciary logically implied the Supreme Court's power of judicial review; the court, faced with an incompatibility between the Constitution and ordinary law, had no choice but to apply the higher law and to neglect the law of a lower status (Lijphart, 1999, p. 223). In theory, adjudication has three steps. Firstly, the statement of facts, including the presentation of evidence. Secondly, revealing the relevant statute (legal norm) and lastly, the application of the "revealed" statute to the case. This latter step includes a decision on the constitutionality of the relevant statute. In the decentralized model these three steps are all exercised by the ordinary court with no review from outside the judicial system. In conclusion, the decision of a court upon the constitutionality a statute applicable to a particular case is not overruled by either the legislative bodies or a constitutional court, but by another court through the system of legal remedy.

Analysing the model in practice leads to the following conclusions:

- a) The review focuses on the *application* of the law and not on the law itself.
- b) The same law may be applied to some cases, while it is not applicable in some other cases (differentiated constitutional jurisdiction);
- c) The law remains a part of the legal system even though applying it in particular cases would be unconstitutional;

In consequence, it can be stated that the core of American constitutional jurisdiction is the particular legal protection of rights with the aim of protecting individuals' basic rights.

This may be explained by the fact that American constitutional jurisdiction based on the concept of natural law. One of the —historical— reasons of this resides in the constitution of the United States of America, which was born in the ages of enlightenment and was influenced by natural law and the principle of statutes of nature. The faith in common-sense and universal

⁴ An exception to the rule is the retrospective annulment of the law; its legal effect is like a norm that never existed.

natural law prepossessed the reasoning of American Supreme Court judges (Paczolay, 2010, p. 226). The Supreme Court is incapable of fully resolving these structural conflicts. As the Court presides over a large institutional system and lacks the capacity to review more than a fraction of cases submitted to it, its role is necessarily restricted to the declaration of general principles of law and episodic, ad hoc interventions in the system (Posner and Vermeule, 2011, p. 30.). The grassroots of natural law also substantiate the statement that the aim of the American individual complaint is to protect individual rights.

4. The Kelsenian model of constitutional jurisdiction

In Europe, there was a long-standing impediment to the emergence of constitutional jurisdiction, namely that “while in the United States the constitution is sacred, in Europe the statute is” (Favoreu, 1995, p. 57). In the beginning, it was the monist theory of parliamentary sovereignty that prevailed in Europe. People’s representation emerged in rejection of absolutism and for safeguarding democracy. At the end of the 18th century democratic movements aimed at abolishing all obstacles restricting the parliament. Such obstacles were considered to be the remains of absolutism and therefore deemed to be antidemocratic. Until the 20th century there was no room for a court to challenge the decisions of the parliament.

The Kelsenian model of constitutional jurisdiction “emerged as a result of the weakening of positive law and the supremacy of legislative power, and consequently, from the recognition that constitutional statutes and especially basic rights form an obstacle to the actions and decision making power of the state” (Paczolay, 1995, p. 13). This model is called the centralized system of judicial review. It was proposed by the famous Austrian jurist Hans Kelsen and first instituted in Austria in 1920 (Lijphart, 1999, pp. 224-225).

Kelsen’s central thesis is that “the legal system is not a coordinated system of statutes on the same level, but it is a hierarchy of statutes on a different level” (Kelsen, 1967, p. 221). Elsewhere he points out that “the legal system is a whole of general and individual laws, which connect to each other with taking into account the principle that the law itself is regulating its own initiation” (Kelsen, 1946, p. 132).

Contrary to those theories that restrict the hierarchy of law to normative acts, it is worth noting that both general and individual laws fit in the system created by Kelsen.

For the operation of a legal system a basic norm (*Grundnorm*) is needed, which defines the remaining legal statutes, especially the order of legislation. Contentwise, Kelsen identifies this basic norm as similar to the constitution (p. 124). By contrast, in the formal sense the constitution is a solemn document that may only be amended by way of a special procedure. The basic norm is an unquestionable starting point in the legal system. This is the point from which other statutes validity derives and *vice versa*, other statutes’ validity is supplied by this basic norm.

Laws are not all directly based on the basic norm. The laws legitimised by the basic norm ensure the validity of further general and particular legal norms. To give a practical example: if the parliament legislates upon authorization of the constitution, the ensuing statute ensures the validity of the implementation of the entire regulation on the one hand, while also ensuring a judicial decision’s validity (if the appropriate statute is applied by the court) on the other. In this case, the common feature of the implementation of the regulation and the judicial decision is that both comply with the legal system through the corresponding legal provision. As such, they are both based on the statute itself. In case neither the regulation nor the judicial decision was in accordance with the statute, the system would “throw out such a law” through the system of constitutional jurisdiction or legal remedy.

Now, what conclusions may be drawn from this example? Firstly, there is a hierarchy among the legal norms. The law, which ensures the validity of another is the “higher” norm. A law is valid in case and to the extent it is in compliance with the “higher” norm. Thus, this latter norm is the reason for the validity of the norm placed on a “lower” level (Kelsen, 1967, p. 221).

The next consequence is, due to the hierarchical order, that the law constitutes a single system. The unity of the legal system is guaranteed by fact that making “lower” level law is defined by higher norms, the existence of these “higher” level laws is also defined by higher norms with the chain finally ending in the basic norm: the supreme origin of validity (Kelsen, 1946, p. 132). Therefore, if every law originates its validity from the same norm and finally, all of them may be traced back to the basic norm as an *origo*, one can say: the legal system has a linear structure. This fact renders the entire legal system —assuming that the basic norm is complete and consistent according to Kelsen— complete and consistent both in a rational sense as well as contentwise. Therefore, in case the question of validity of a law appears, the answer for this can be easily given by examining whether the norm fits the legal system, with other words if it is in accordance with the “higher” norm, and finally, with the basic norm (Kelsen, 1967, p. 209).

The third consequence is that there is no such norm that would ensure the validity of the basic norm; its validity cannot be originated from a different, even higher norm (Kelsen, 1946, p. 195). The legitimacy of the basic norm (constitution) is not the necessary consequence of a defined procedure, nor a defined content. The constitution’s normative power is more preferably connected to its *ability* to influence the definition and regulation of the real circumstances of life (p. 165). This also means that in the legal system, the basic norm’s validity is theoretically unquestionable (1967, pp. 196-197). Any system of law is only able to operate if it has an axiomatic starting point.

Finally, the fourth statement needs more explanation: the validity of a legal norm does not depend on its content but on the way of its legislation (pp. 198). This does not mean that the content of norm is of no interest, it simply means that Kelsen does not consider the hierarchy of law to be based on natural law. In Kelsen’s system, the law of “higher” level defines the law of a “lower” level: its creator, the structure of legislation and its content. The “lower” level law must only comply with the previous one, because that is the law possessing a higher position in the hierarchy, and not because the “higher” norm is right. The system is free of axiological evaluation —it is legal hierarchy and not the right content of the norm that the structure is built upon—. In Kelsen’s system the role of constitutional jurisdiction is that the elements of the legal system should not be separated from the norm their validity is originated from. As such, the function of constitutional jurisdiction is nothing else but the safeguard for the basic norm’s integrity.

Most European legal systems introduced their constitutional courts based on the theory of Kelsen⁵. In such a model “the constitution is the absolute standard and source of the law’s validity, which can primarily be defined in a positive way, with the neutrality of natural law and political interpretation”. The gradual and hierarchical construction of the law and its completeness is a normative requirement (Sólyom, 2007, p. 443).

The aim of Kelsen’s model is to validate the integrity of the legal system and the constitution in the scope of abstract legal review. According to some authors this model’s aim and result

⁵ Paczolay, remarks that “the followers of the model where the constitutional jurisdiction has a substantive body, honours Kelsen, the ‘father’ of constitutional jurisdiction. This significant theory remained an episode in Kelsen’s oeuvre. After his dispute with Carl Schmitt he did not continue the interpretation of this problem” (2010, pp. 222).

is identical with that of the American individual complaint (Dorsen et al., 2003, p. 115). However, there are significant differences:

- a). The review focuses on the law and not on the real life relations created by the law.
 - b). It is of no significance that the application of the law is not unconstitutional in certain cases.
 - c). The unconstitutional law is annulled; it is not only inapplicable but also null and void.
- The primary goal of the model is not the particular legal protection of (basic) rights, but the protection of the integrity of the constitution. The model implements basic rights incorporated in the constitution through abstract law review.

Therefore, as regards their function there is a marked difference between the American model of individual complaint and the Austrian model's abstract law review.

5. American impacts: individual complaint in the forefront in Hungary

In the field of state organization the most relevant alteration was the change in the functioning of the Constitutional Court. Before 1 January 2012 the most significant competence of the Constitutional Court was the abstract law review; anyone could challenge any piece of legislation without referring to any interest (*actio popularis*). In course of the preliminary discussions on political transition in 1989 three basic principles of the operation of the Constitutional Court were adopted. Firstly, that the review of the Constitutional Court concerns statutes as well. Secondly, that the Constitutional Court annuls unconstitutional statutes. Lastly, that anyone can initiate the procedure—abstract law review—of the Constitutional Court (HCC, Decision 4/1997).

Under the effect of the previous constitution the abstract law review was the main competence and individual complaints were the exceptions. There were two types of individual complaints: the judicial initiation and the constitutional complaint. In the former procedure, judges proceeding in an individual case could initiate the review of the constitutionality of relevant statutes. Constitutional complaints could be launched by those whose basic rights were injured as a result of the application of an unconstitutional statute. It is worth mentioning that the submission of constitutional complaints was only allowed if all other legal remedies were unsuccessful or unavailable. When the Basic Law came into force the relationship between the main function and the exception changed. Constitutional jurisdiction was reoriented to consider constitutional complaints and its scope of application was broadened as well. Simultaneously, the relevance of abstract law review was reduced. The *actio popularis* was abolished—according to Article 24 of the Basic Law posterior law review can only be initiated by the Government, one-fourth of the Members of Parliament, the President of the Curia, the Supreme Prosecutor or the Commissioner for Fundamental Rights—. Having regard to all the above we are seeking the answers for the following questions:

- a). Does the broadening of the scope of individual complaints involve that abstract law review becomes less significant?
- b). How does the individual or abstract nature of law review affect the position of the Constitutional Court in the system of the separation of powers?

6. The relationship between abstract law review and individual complaint

In the above, we pointed out that individual law review is rooted in the natural law approach and its primary function is to protect substantive fundamental rights. Abstract law review is, according to Kelsen's original concept, based in positive law and emphasises the integrity of the constitution. Individual law review serves the implementation of individual interest, while

abstract law review serves the common interest (Gárdos-Orosz, 2012, p. 306). In the case of abstract law review, the petitioner does not turn to the Constitutional Court in his or her individual interest, since abstract law review *per definitionem* lacks an individual case. *Pro forma*, the petition serves the abstract common good, i.e. that the law remains coherent and its parts are in accordance with the constitution⁶. The petitioner of abstract law review acts in the interest of constitutional democracy (p. 307).

In practice there is no state where the two institutions (individual complaint and *actio popularis*) operate in parallel; they cannot be “equally” strong competences. One reason might be that the comprehensive individual complaint and *actio popularis* would mean overwork; there would be notable structural and functional converts, what would block the disposal of the cases in reasonable time (p. 306). However, the simultaneous use of individual and abstract law review does not only have technical obstacles. The function, approach and instruments of the two institutions are also so very different that they involve practicing functions that belong to different branches of power. The rationale of the separation of powers is often watered down to the rationale of checks and balances and the general dispersal of power in a constitutional system (Waldron, 2013, p. 433). We conclude that constitutional courts cannot adjudicate abstract law review and individual complaints in an equally powerful way; one of these must always be the general rule and the other the exception.

According to Kelsen’s concept, the constitutional court is the negative legislator (Kelsen, 1928, pp. 197-257) safeguarding the integrity of the constitution and repealing laws incompatible with the constitution. According to this concept the creation and the annulment of a norm are not essentially different; they are just two sides of the same action. On the other hand, the Constitutional Court, when dealing with individual cases, is much rather a real court than a negative legislator. Comparative research reveals that it is typically the state institutions which may initiate posterior abstract law review and in Hungarian scholarly literature (Dorsen, 2003, p. 115) already in 1996 there were calls for the termination of the *actio popularis* and the reinforcement of the competence related to individual complaints (Ádam, 1996, p. 394). Similarly, Péter Paczolay (president of the Constitutional Court) considers the *actio popularis* to be the alternative of the constitutional complaint, moreover he states that “the renunciation of the *actio popularis* will not be a serious price for a real constitutional complaint”. He argues that abstract law review is a political competence, contrary to the adjudication of individual complaints (Paczolay, 2012, p. 67).

Having regard to all the above, the termination of *actio popularis* is not a step back in the level of the protection of fundamental rights, but much rather a necessity brought about by the different role of the Constitutional Court. We do not say that either abstract law or adjudicating individual complaints are a better way for protecting constitutionality, but we do confirm that they cannot be simultaneously strong competences of a constitutional court.

The constitutional complaint has become the Constitutional Court’s characteristic competence since the Basic Law entered into force. Earlier the judicial initiation —when the judge finds the measure relevant to his case to be unconstitutional, and initiates its review— and the constitutional complaint were exceptional in the Constitutional Court’s jurisdiction. This changed as of January 2012.

The Act on the Constitutional Court (ACC) distinguishes between three kinds of constitutional complaints:

⁶ Without reference to this, the circumstance that the initiator of abstract law review can have personal interest to the submission and consideration of the motion cannot be constitutionally valued.

- a). The so-called “old” constitutional complaint (referring to the fact that this kind of complaint already existed before 2012), in which the party to a judicial procedure can launch a petition if an unconstitutional law was applied in his or her case;
- b). The “real” constitutional complaint (referring to the fact that this kind of complaint is the closest to the individual complaint of the American model), when the complainant finds that the court applied a law unconstitutionally in his or her case; furthermore
- c). The direct constitutional complaint, when the application of an unconstitutional law directly influences the human rights of the person concerned, without a judicial decision (in this respect direct complaints are not linked to individual cases) (Paczolay, 2012, p. 361).

Since direct complaints lack the individual character, they seem to be nothing less than abstract law review. When deciding a direct complaint, the Constitutional Court does not decide on the applicability of the law in the particular case; instead, it only declares whether the law is constitutional or not.

On the other hand, both the “old” and the “real” complaints focus on the individual case. Concerning the “old” complaint, the ACC stipulates: “a person or organisation affected by a concrete case may submit a constitutional complaint to the Constitutional Court if, due to the application of a legal regulation contrary to the Basic Law in their judicial proceedings violate his or her fundamental right”. As for “real” complaints it states: “persons or organisations affected by judicial decisions contrary to the Basic Law may submit a constitutional complaint to the Constitutional Court if the decision made regarding the merits of the case or other decision terminating the judicial proceedings violates their rights laid down in the Basic Law”.

The great difference between the complaints is that the “old” complaint is a remedy for unconstitutional laws and the “real” complaint is a remedy for unconstitutional jurisdiction. In this latter case it is not the piece of legislation that infringes human rights, but much rather the *way it was applied* by the courts.

Consequently, the Constitutional Court is entitled to review not only the activity of the legislator but also the jurisprudence of the courts (Csink, Schanda and Varga, 2012, p. 164)⁷.

In case of the “old” complaint, there necessarily exists an unconstitutional statute that infringed the complainant’s human rights in a particular case. Therefore, the Constitutional Court’s decision shall have a dual nature: for one it decides upon the constitutionality of the statute and, secondly, it decides whether the individual’s rights were infringed. These two functions do not necessarily lead to the same conclusion; human rights may be infringed by applying a formally constitutional statute and conversely, the application of an unconstitutional statute does not necessarily lead to the violation of human rights in the particular case.

The situation is entirely different in the case of a “real” complaint. As it was mentioned above, in case of a real complaint the Constitutional Court determines whether the *application* of the statute is constitutional. Consequently, the constitutionality of the statute itself is not at question, it is the judicial decision that is in focus. Whenever the Constitutional Court decides on a “real” complaint it overrules the substantive judicial decision of the ordinary court and not the Act of the Parliament. Therefore, this competence makes the Constitutional Court part of the judicial branch, rather than it being a negative legislator.

⁷ Similar to this, when the Court of the European Union states the national law’s conflict with the European Union’s law, because in this case the Court also makes a decision about the application of the law and not about the decision of the national court.

7. The role of the Ombudsman in posterior (abstract) law review

As it was mentioned earlier, the *actio popularis* terminated when the Basic Law entered into force. The typical competence of the Constitutional Court became the review of individual complaints instead of the abstract review of norms.

As a result of this change, the Ombudsman's competence to turn to the Constitutional Court for posterior law review has gained enormous significance. The experience of the first 18 months (from January 2012 until June 2013) shows that the Constitutional Court performs this competence upon the petition of the Commissioner for Fundamental Rights. Therefore, a large number of individuals, organs and social groups turn to the Commissioner to turn to the Constitutional Court and challenge the law they find unconstitutional. In the framework of this competence the Commissioner answers all submissions and either he launches a petition or states his reasons for not doing so.

Since the beginning of 2012 the Commissioner examined all complaints, whether they were submitted by individuals, civil organizations or even political entities. However, it is not the amount of petitions but the quality of the argumentation by way of which society may help yield constitutional corrections as a result of Constitutional Court proceedings. For this purpose it is not the unconstrained use of direct ex post review of norms that would be necessary, since comprehensive processing may not be expected from the jurist elite organisation doing the Constitutional Court proceedings, but an organization is needed with a suitable screening function, experienced in handling civil complaints, with the appropriate level of constitutional law expertise, such as the ombudsman.

The legal basis of the Ombudsman's competence to launch a petition is stipulated in the Basic Law itself. The detailed regulations may be found in the Ombudsman Act and the Act on the Constitutional Court. Besides, the Ombudsman stipulated the most basic aspects of such an inquiry and pointed out that the Commissioner pays close attention to the situation of the most vulnerable groups.

The Commissioner's right to launch a petition has a subsidiary nature. If someone has already turned to the Constitutional Court with an individual complaint then the Commissioner's petition for abstract review would be futile. The Commissioner practices his right to turn to the Court mainly in cases where the conditions of the individual implementation of a right are amiss.

From the very beginning the Ombudsman regarded the possibility of turning to the Court as a competence and not as a measure. The Commissioner answers all submissions stating that a piece of legislation is unconstitutional. Therefore *actio popularis* has not vanished; there exists an institution that answers all constitutional matters, yet it is not the Constitutional Court any longer but the Ombudsman.

8. Conclusion

Among the competences of the Constitutional Court ex ante review is connected to the legislative power (it may be initiated by the Parliament or the President). In this case the Constitutional Court is part of legislature and its decision influences the effective existence of the law. Legislation is obviously the function of the legislative power.

The competence of ex post review also belongs to the legislative power. In these cases the Constitutional Court decides upon the constitutionality of statutes in an abstract way, without examining the individual case. This function, except for some special cases, does not differ from the annulment of the law. Moreover, it is safe to say that a statute can be overruled by the legislative power's political decision (amendment) or by the Constitutional

Court's constitutionally based decision (annulment). Although political and legal decisions fundamentally affect the nature of the function, regarding its result, we may conclude that in such cases these functions belong to the legislative power.

The situation is different regarding the “old” and the “real” constitutional complaints. In both cases the decision of the Constitutional Court influences decision rendered by the regular court in the individual case. However, at the case of “real” complaints the Constitutional Court focuses on the application of the statute in the individual cases, which is a competence that belongs to judiciary. The fact that the constitutional complaint became the main competence of the Constitutional Court means that the Constitutional Court is decisively operating with functions that pertain to the judicial power.

Bibliographic references

- Ádám, A. (1996). A közjogi bírászkodás és alkotmányreform. *Jogtudományi Közlöny* 1996/10, 389-397.
- Bibó, I (1981). Az államhatalmi ágak elválasztása egykor és most. In I. Bibó, *Bibó István összegyűjtött munkái* (pp. 556-558). Bern: Európai Protestáns Magyar
- Csink, L., Schanda B. and Varga A. (2012). *The Constitutional Court. In: The Basic Law of Hungary. A First Commentary*. Dublin: Clarus.
- Dorsen, N. et al. (2003). *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*. Minnesota: Thomson-West.
- Muir Watt, H. (2006). Globalization and Comparative Law. In Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Law* (pp. 401-446). Cambridge: Cambridge University Press.
- Favoreu, L. (1995). Az alkotmánybíróságok (*The Constitutional Courts*). In *Alkotmánybírászkodás, alkotmányértelmezés*. Budapest: Eto-print.
- Gárdos-Orosz, F. (2012). The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint. *Acta Iuridica* 2012/4, 302-305.
- Kelsen, H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue de droit public et science politique*, XXXV, 197-257.
- (1946) *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press.
- (1967). *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.
- Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy. Government forms and Performances in Thirty-Six Countries*. New Haven: Yale University Press.
- McCloskey, R. (1995). Az amerikai Legfelsőbb Bíróság. In P. Paczolay (eds.) *Alkotmánybírászkodás, alkotmányértelmezés* (pp. 35-41). Budapest: Eto-print.
- Paczolay, P (1995). *Alkotmánybírászkodás a politika és jog határán*. In P. Paczolay (ed.), *Alkotmánybírászkodás, alkotmányértelmezés* (pp. 13-19), Budapest: Eto-print.
- (2010). Az élő alkotmány: az alkotmánybírászkodás kiszámíthatósága és változásai. In N. Chronowski Nóra and J. Petrétei (eds.), *Tanulmányok Ádám Antal professor emeritus születésének 80. évfordulójára*. Budapest: Pécs PTE ÁJK.
- (2012). Megváltozott hangsúlyok az Alkotmánybíróság hatásköreiben. *Alkotmánybírósági Szemle* 2012/1, pp. 67-69.
- Posner, E. and Vermeule, A. (2011). *The Executive Unbound*. Oxford: Oxford University Press.
- Sólyom, L. (2007). A magyar Alkotmánybíróság önértelmezése és Hans Kelsen. In C. Kiss Lajos (ed.). *Hans Kelsen jogtudománya*. Budapest: Gondolat Kiadó.

Waldron, J. (2013). Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, 54, 433-468.

Sentences

HHC / Hungarian Constitutional Court Decision (1997). Decision 4/1997, I. 22.

**Evaluación psiquiátrica-psicológica forense de Simulación.
A propósito de un caso forense real**
Simulated psychiatric-psychological forensic evaluation.
Regarding a real case

DRA. ÁNGELA DAMICELA SALAZAR DÍAZ¹
Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha

DR. ÁNGEL OSWALDO HERRERA LEMA²
Hospital Martin Icaza

Resumen

Simular en un proceso legal es fingir el estado mental que no se posee, para obtener una disminución o anulación de la responsabilidad penal.

Los psiquiatras y psicólogos forenses y los administradores de justicia tienen la dificultad de determinar si una persona implicada en un proceso legal presenta o no una enfermedad mental que modifique la culpabilidad, como se cita en el Código Integral Penal Ecuatoriano en el Art. 34 y Art 36.

El objetivo de este artículo es que con la aplicación del protocolo psiquiátrico-psicológico forense se demuestre el diagnóstico de simulación, mediante la presentación de un caso forense donde el ciudadano procesado simuló una enfermedad mental con productividad psicopatológica y, una vez que fue el peritaje elevado a prueba en la etapa de juicio, fue sentenciado como culpable, esclareciendo el diagnóstico de simulación. Todo ello con el propósito de demostrar que la simulación no modifica la imputabilidad.

Palabras clave

Simulación / Enfermedad mental / Peritaje / Protocolo psiquiátrico forense.

Summary

Simulate in a legal process is pretending the mental state that is not possessed to obtain a decrease or annulment of criminal responsibility.

Forensic psychiatrists and psychologists and justice administrators have the difficulty of determining whether or not a person involved in a legal process has a mental illness that modifies guilt as quoted in COIP in Art. 34 and Art 36.

The objective of this article is that with the application of the forensic psychiatric-psychological protocol, the diagnosis of simulation is demonstrated, and with the presentation of a forensic case where the processed citizen simulated a mental illness with psychopathological productivity and once it was the forensic expertise elevated to evidence in the judgment stage, was sentenced as guilty, clarifying the simulation diagnosis. In conclusion, the simulation does not modify imputability.

¹ Ángela Damicela Salazar Díaz: Doctora en Medicina y Cirugía, Especialista en Psiquiatría y en Medicina Legal y Perito en Psiquiatría del Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha-Ecuador, Teniente de la Policía Nacional del Ecuador. <http://orcid.org/0000-0002-3863-8451>.

² Ángel Oswaldo Herrera Lema: Médico especialista en Psiquiatría, Red de Salud Pública: Devengante de Beca en el Hospital Martin Icaza. <http://orcid.org/0000-0002-7019-7350>.



Keywords

Simulation / Mental Illness / Expertise / Forensic Psychiatric Protocol.

1. Introducción

La simulación es tan antigua como la humanidad, ya que sus basamentos se encuentran en la mentira, el egocentrismo, el fingimiento, que son propios del ser humano. San Juan de Dios simuló la locura por las calles de Granada para lograr que le encerraran en la casa de Orates y conocer de esta manera las verdaderas necesidades de la asistencia de aquellos pobres enfermos. (Gisbert Calabuig, 2001)

Con la plena vigencia desde agosto del 2014 del nuevo Código Integral Penal Ecuatoriano (en adelante COIP), con el cual se aplica el incremento de las penas, se ha puesto más a prueba a los fiscales y jueces para que utilicen como asesor en la aplicación de la normativa legal a la psiquiatría y psicología forense con peritos acreditados en el sistema WEB del Consejo de la Judicatura, los mismos que se rigen al Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, publicado en el registro oficial Suplemento 125 del 28 de abril del 2014 No. 040-2014 (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014; Consejo Nacional de la Judicatura, 2014).

En aquellos casos difíciles en los que se trata de determinar la culpabilidad del procesado, el perito en psiquiatría y psicología forense con la aplicación del protocolo diagnóstica si el examinado presenta o no una enfermedad mental y, de ser considerado con plena normalidad mental, se le podrán atribuir sus acciones u omisiones, es decir se le imputan dichos actos punibles y su conducta antijurídica va a ser regulada por un Tribunal de Administración de Justicia (Consejo Nacional de la Judicatura, 2014).

“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. El COIP hace referencia en el Art. 34 de la culpabilidad y en el Art. 35 sobre las causas de inculpabilidad: “imputable” significa que al sujeto se le puede imputar, en otras palabras, atribuir la responsabilidad de su conducta punible y para ello requiere de ciertas condiciones psíquicas; mientras que el “conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” significa que el sujeto conoce que ella está prohibida por la norma penal. Por consiguiente, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se realiza al autor del hecho (delito) por tener capacidad de culpabilidad (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

Por otro lado, el mismo código en su Art. 36 hace referencia al Trastorno Mental y reconoce como causa de inculpabilidad al trastorno mental debidamente comprobado. Asimismo, se excluye la responsabilidad cuando el autor del hecho está privado del conocimiento por estado de embriaguez o intoxicación derivada de caso fortuito (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014; Maza, 2014).

2. Definición de simulación en psiquiatría forense

“Simular” es una actitud psíquica consciente y voluntaria donde se representa plásticamente un determinado evento mórbido con la intencionalidad y finalidad utilitaria de engañar a un tercero; por lo tanto, simular en psiquiatría forense es fingir el estado mental que no se posee en realidad como artimaña para eludir medidas emanadas de la sociedad en lo laboral, civil y penal. El fin que persiguen tiene importancia médico forense porque la persona que finge ser enfermo mental lo hace para liberarse de las consecuencias de sus actos en lo penal, para eludir la pena o hallar dentro de las medidas de seguridad la posibilidad de una situación favorable o el poder huir de la cárcel en forma más fácil (Bruno y Cabello, 2002; Enciclopedia Jurídica, 2014).

2.1. Rasgos distintivos de simulación

- a). Actitud psíquica: se caracteriza por una activa disposición mental cuya motivación radica en obtener un beneficio secundario a través del engaño.
- b). Consciente y voluntaria: vale decir la capacidad psíquica para discernir y ejecutar un acto previamente elaborado y planificado.
- c). Representación plástica: consiste en hacer presente por medio de la expresión psicomotriz el evento mórbido que se utiliza para el engaño.
- d). Evento mórbido: es decir, la patología que se desea representar.
- e). Intencionalidad y finalidad utilitaria de engañar: es la actitud utilizada por el simulador para obtener un beneficio legal vinculado a su situación jurídica (Bruno y Cabello, 2002; Silva, 1995).

2.2. Trastornos facticios diagnóstico diferencial

La simulación, según el Quinto Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V por sus siglas en inglés), se encuentra dentro del apartado denominado como “Otros problemas que pueden ser objeto de atención clínica, V65.2 (Z76.5)” donde se especifica que difiere de un trastorno facticio, en que la motivación de la generación de los síntomas de esta es un incentivo externo, mientras que en el trastorno facticio no hay incentivos externos (American Psychiatric Association, 2014).

En la Clasificación Internacional de Enfermedades, décima versión (CIE 10) se codifica como Z76.5 a la “persona que consulta con simulación consciente (simulador) [...] persona que finge enferma (con motivación obvia)”; colocando al trastorno facticio en otra codificación, la de Producción intencionada o fingimiento de síntomas o invalideces somáticas o psicológicas (Organización Mundial de la Salud, 1992).

Es así que, básicamente, el trastorno facticio es distinguible de la simulación en cuanto a que su objetivo no es una ganancia secundaria, además de por la cronicidad y la variedad de los síntomas (Matamoros y Coello, 2010).

2.3. Criterios para sospecha de simulación (American Psychiatric Association, 2014)

Se debe sospechar simulación si existe alguna de las combinaciones presentes:

- a). Presentación de un contexto médico-legal.
- b). Discrepancia acusada entre el estrés o la alteración explicados por la persona y los datos objetivos de la exploración médica.
- c). Falta de cooperación durante la valoración diagnóstica e incumplimiento del régimen de tratamiento prescrito.
- d). Presentación de un trastorno antisocial de la personalidad.

2.4. Etiología de la simulación

Cualquier persona puede ser un simulador y más cuando se halla involucrado en un proceso legal; éste surge como pensamiento del propio individuo, de familiares, amigos, abogados, peritos deshonestos o delincuentes compañeros de reclusión, para obtener un beneficio, ventaja o provecho que no podría lograr de otra manera (Ribé, 2008).

Para Gisbert Calabuig (en Tiffo, 2008), las circunstancias que originan la simulación son:

- a). Simulación ofensiva: pretende eludir una responsabilidad de tipo penal o civil.
- b). Simulación exonerativa: pretende evitar una obligación civil (servicio militar), laboral (trabajo indeseado), penitenciaria (ingreso en prisión para cumplir una condena), etc.

- c). Simulación lucrativa: persigue una ventaja económica (renta por accidente laboral, indemnización, etc.).

2.5. Tipos generales de simulación de la enfermedad mental (Cabrera y Fuentes, 1990; Núñez, 2014)

Simulación total o verdadera.- Es la simulación propiamente dicha, en la que el sujeto no alienado, normal o anormal, que de forma plenamente consciente y deliberada finge patología mental.

- a) *Disimulación.*- Es aquella donde el “sujeto trata de ocultar síntomas patológicos existentes con fines semejantes a la simulación y de manera consciente”. Sin embargo, otros autores describen que en la disimulación la “voluntariedad consciente” del fraude, que es uno de los rasgos distintivos que define la simulación, se la posee, pero en un menor grado, aunque tal cosa no haya sucedido e incluso haya habido un agravamiento. Este tipo de conducta no puede ser adscrita al terreno de la voluntariedad consciente por el hecho de estar condicionada por una patología mental como por ejemplo la depresión, delirio de persecución, de perjuicio, celotipia alcohólica, etc.
- b) *Parasimulación.*- Esta modalidad se da cuando el individuo representa un evento mórbido distinto al que ya padece.
- c) *Sobresimulación.*- Como se ha dicho, es una variante de la anterior donde se exagera la sintomatología de un evento mórbido que indudablemente ya lo padece o que está simulando.
- d) *Metasimulación.*- Simula síntomas patológicos de una enfermedad que en la realidad la presentó con anterioridad y que, por lo tanto, tiene conocimiento de los mismos, pero que ya no la presenta en la actualidad.
- e) *Presimulación.*- Consiste en simular una enfermedad antes de la comisión de un acto antijurídico.

2.6. Síntomas y sus formas sintomáticas clínicas de presentación

Los síntomas simulados se tienden a exteriorizar como aislados y lo realizan los procesados sin conocimiento o preparación previa de la patología y agrupados en síndromes psiquiátricos, los cuales no se relacionan con ningún cuadro psicopatológico conocido, pretenden síntomas no creíbles como son alteración de las funciones cognoscitivas como la memoria aparentando amnesias parciales o globales, alucinaciones auditivas o visuales, ideas delirantes de daño, desorientación temporoespacial, afectación en la afectividad como tristeza e indiferencia afectiva que muchas veces no concuerdan con un síntoma real y caen en lo absurdo (Ingenieros, 2003).

El impostor ordinariamente finge síntomas aislados como amnesia, alucinaciones, ideas delirantes, apatía, mutismo, impulsiones, hipocondría, fugas, pero no llegan a completar un síndrome o un cuadro completo de una psicosis o demencia; la razón es que no son expertos en psiquiatría, no conocen exactamente las enfermedades mentales las cuales son muy difícil de aparentar y pueden ser descubiertas por un perito (Pérez, 2007).

2.7. Diagnóstico psiquiátrico-psicológico de simulación

La simulación no se adivina, se la diagnostica con la reunión de todos los elementos de valor obtenidos a través de la aplicación del protocolo psiquiátrico-psicológico forense que incluye una historia clínica completa, evaluación de la personalidad, aplicación de los exámenes complementarios y estudios del expediente clínico-judicial donde se analizarán la motivación del simulador en la obtención del beneficio legal posterior al cometimiento del

hecho delictivo, tomando el perito una actitud detectivesca en búsqueda de la verdad y que lo llevarán al convencimiento diagnóstico (Bruno y Cabello 2012).

2.8. Protocolo psiquiátrico y psicológico forense para diagnóstico de simulación

Deben considerarse tres aspectos fundamentales durante la aplicación del protocolo psiquiátrico y psicológico forense en los peritajes. Éstos son los siguientes:

2.8.1. Actitud o comportamiento durante la entrevista psiquiátrica y psicológica forense (Ossandón, 2010; Tapias et. al 2008; González y Vesga, 2008)

Se inicia desde la explicación y obtención del Consentimiento Informado que consta en el Protocolo durante el cual se evidencia la capacidad de comprender lo que se efectuará; la entrevista tiene que ser con bondad y sencillez, no dejando vislumbrar que desconfiamos, realizarse en un consultorio donde se cuente con un ambiente cómodo, amplio, tranquilo, silencioso, confidencial, además de con todos los medios tecnológicos y, dependiendo del caso sobre todo cuando existen dudas, se puede realizar observación y valoración directa de campo o contar a través de la autoridad competente con el apoyo profesional de los psicólogos, médicos y psiquiatras de los centros de rehabilitación. Debemos observar durante la pericia lo siguiente:

- a) Existe falta de colaboración y retención de información: esta se evidencia desde la recolección de los datos personales, haciéndose notar más al interrogar sobre biopsicografía, antecedentes patológicos personales y familiares, hábitos, condiciones socio-económico-culturales, etc., donde el peritado la mayoría de veces no colabora o se lo observa cauteloso, evasivo, callado, a veces amenazador; desea terminar rápidamente la entrevista o sale de la consulta antes de finalizar la misma porque tiene el temor de que una evaluación rigurosa detecte la simulación; impide acceso a la información o es muy limitada, piensa mucho antes de dar una respuesta, gasta tiempo en responder y, cuando lo hace da respuestas absurdas, increíbles, irrisorias o pararrrespuestas, e intenta al examen mental simular afectaciones en su memoria y contestan a la mayoría de preguntas indicando: “no sé”, “no recuerdo”, “no.
- b) Exageración: es la elevación del dramatismo, se refiere a que los simuladores piensan, de forma equivocada, que entre más extraños parezcan, más creíbles son.
- c) Reconocimiento de ser un enfermo mental: desde antes de empezar la entrevista el simulador expresa frases como “soy loco o todos me dicen el loco”, pues con ello cree que será más creíble. Desea llamar la atención sobre su enfermedad, lo cual contrasta con los enfermos reales que, a menudo, son evasivos a hablar de sus síntomas.
- d) Actuación como si fuesen sordos y tontos: piensa que los enfermos mentales actúan tontamente.
- e) Ausencia de alteración afectiva clínicamente asociada con la enfermedad que simula: manifiestan sufrir alucinaciones visuales y auditivas o delirios persecutorios, pero no pueden aparentar la correspondiente ansiedad que conlleva tal sintomatología.
- f) Ausencia de perseverancia: la constancia es un signo permanente en la enfermedad mental, rara vez se ve en los simuladores (Marco et al., 1990).
- g) Incoherencia entre resultados de pruebas y funcionalidad del evaluado: si se aplican pruebas específicas de simulación, como son las pruebas identificativas simples (se le muestra objetos de uso cotidiano para que los identifique el simulador dice no saber o se equivoca). Por ejemplo, la prueba de Storring (se le hace sumar, 4+5, 3+6, 8+10; en ella, los simuladores dicen no acordarse o se equivocan); la prueba de los dígitos (se pronuncia lentamente 6 dígitos de un teléfono y no puede recordar ni una sola cifra o

se equivoca en dos cifras del mismo lugar); o el Test proyectivo de Rorschach (Bande, 2007; Ben, 2009). El Inventario de personalidad Minnesota Multiphasic (MMPI) valora rasgos de simulación, en la escala L “mentira” (Solórzano Niño, 1994). Además, dependiendo del caso, se puede solicitar a la autoridad la realización de análisis bioquímicos, pruebas toxicológicas, valoración neurológica (Electroencefalograma y Tomografía Simple de Cráneo, Resonancia Magnética Nuclear), que nos ayudan a descartar las enfermedades orgánicas.

- h) Alteraciones del lenguaje no verbal: el tono y la intensidad de la voz se modifican significativamente ante la mentira, la velocidad de fraseo es lenta y evasiva, el evaluado tarda en responder porque necesita pensar varias veces para contestar con coherencia, produce pausas y errores en el discurso (Rogers, 1997).

2.8.2. Características de los síntomas simulados (Ossandón, 2010; Tapias et. al 2008; González y Vesga, 2008)

- a) Ausencia de correlación entre la sintomatología simulada y la etiología de mayor frecuencia, por ejemplo, la confusión mental sin ningún antecedente tóxico.
- b) La simulación no es mantenida todo el tiempo: simular requiere una recargada concentración y resulta extenuante, por lo que la persona sana requiere espacios de tregua; por ello, es importante que el perito sea muy observador, incluso desde el momento que el procesado llega a la entrevista hasta momentos después cuando sale de la consulta y piensa incluso que ya no es observado.
- c) Cada patología mental tiene una serie de fenómenos físicos que el simulador no los puede actuar: en el examen físico o somático desde los signos vitales que nos orientan una determinada patología, por ejemplo, quien simula depresión puede fingir astenia, pero no finge frío en las manos, que es un síntoma que se le asocia (“Rogers” 1997).
- d) Simulan síntomas según el conocimiento previo de la enfermedad: tienden a imitar los síntomas más conocidos sin tomar en cuenta los síntomas relacionados; la falta de memoria (amnesia) es el síntoma aislado que más se intenta simular, tal es así que el simulador, pese a no recordar ni siquiera su propia identidad, se ubica temporalmente sin ningún tipo de inconveniente, se orienta correctamente en el ambiente en que se encuentra.
- e) Síntomas que no se relacionan con ninguna enfermedad: son claramente reconocidos en el examen mental, así puede presentar síntomas de varias enfermedades.
- f) Comunican cuadros de aparición aguda en contradicción con el desarrollo crónico de la enfermedad: dan fechas cercanas de inicio de enfermedad, mientras que la patología mental generalmente tiene un curso crónico.

2.8.3. Aspectos del historial clínico y judicial (Tapias et. al 2008; González y Vesga, 2008)

Para cumplir con esta sección el perito puede acceder al expediente fiscal o judicial o podría solicitar copias certificadas de las historias clínicas psiquiátricas-psicológicas del peritado, además de certificados médicos o informes actualizados de sus médicos tratantes, en los que se verificará la existencia o no de antecedentes psicopatológicos para poder realizar una comparación cronológica de la evolución aparente de la sintomatología con el proceso judicial. Para esto también hay que tener noción del expediente fiscal que nos oriente sobre la acusación, sobre todo de las pruebas periciales médico-legales y de versiones de testigos directos, lo cual aporta con el conocimiento global del proceso legal, así como acceder a los elementos de convencimiento en el cometimiento de un hecho delictivo que se investiga.

- a) Diferencia entre el autorreporte y los archivos médicos: en la información que se obtiene durante el examen de antecedentes psicopatológicos, los evaluados revelan severidad en síntomas, en ausencia de tratamiento psicológico, psiquiátrico, medicación y hospitalización, lo cual necesariamente hubiera llevado a tener ya una historia previa de tratamiento psiquiátrico, es decir existe ausencia de antecedentes psicopatológicos y se muestra enfermo mental en el tiempo alrededor de la situación legal.
- b) Revelan síntomas psicóticos no relacionados al delito: en el expediente fiscal y judicial no se evidencia la relación entre la enfermedad mental y el delito que se le imputa esto se correlaciona con el examen mental, pueden manifestar los procesados alucinaciones que no se relacionan con el delito, indican escuchar voces que los llaman, sin embargo, han cometido un delito contra la libertad sexual.
- c) Evidencia de complicidad: cuando hay un cómplice comprometido en el crimen, por poseer una inteligencia normal, no participaría en delitos motivados por enfermos psicóticos (Resnick en Marco et al., 1990; Tapias et al., 2008).
- d) Engaños anteriores: se puede encontrar en el historial policial y judicial antecedentes penales, historia de engaños de alias, de patrones de comportamiento antisocial engañoso.
- e) Historia laboral incoherente con la enfermedad: según Resnick (en Marco et al., 1990), los simuladores pueden tener un historial laboral perjudicial, “la persona que siempre ha sido responsable, honrada, miembro adecuado de la sociedad es menos probable que simule”.

En las conclusiones se debe indicar la impresión diagnóstica, que es obtenida del examen psiquiátrico actual, junto con todos los datos obtenidos durante la pericia que ayudan a dar la probabilidad de la presencia o no de la afectación mental en el momento del cometimiento del hecho delictuoso por parte del evaluado, es decir una proyección retrospectiva.

Todos estos elementos de convicción aportan significativamente en las conclusiones finales del informe pericial psiquiátrico-psicológico forense, ya que de ello depende, como un medio más de prueba en la etapa del juicio oral, para poder obtener el resultado final del proceso penal como es dejar en libertad al inocente y para el culpable una sentencia condenatoria.

3. Caso Forense

Se trata de un individuo de 33 años de edad que presenta varios procesos judiciales anteriores a la evaluación, entre los cuales se encuentra: contravenciones de tránsito, demandas por pagares, tarjetas de crédito, contra la vida y, la actual, por violación sexual, en donde se solicitaron peritajes de psicología y psiquiatría (Consejo de la Judicatura, 2016).

El presente caso, vale añadir, fue tomado en cuenta por los medios de comunicación, donde señalaron su captura en los diarios nacionales³.

Se nombra un perito de psiquiatría en el Departamento de Medicina Legal de Pichincha, donde es evaluado el sujeto con el siguiente protocolo que nos permitimos citar de modo íntegro para su análisis:

PROTOCOLO PSIQUIÁTRICO Y PSICOLÓGICO FORENSE No.

I. CONSENTIMIENTO INFORMADO

II. DATOS JUDICIALES: Lugar y fecha del examen.

³ Como, por ejemplo, la noticia titulada “¡Maldito violador abusó de 20 mujeres!” del diario *El Extra*, del 22 de mayo de 2011.

- Autoridad: FISCAL DE PICHINCHA, FISCALIA DE VIOLENCIA SEXUAL E INTRAFAMILIAR
- III. Causa: Instrucción Fiscal No. ...
 - IV. DATOS DE FILIACIÓN: NOMBRES Y APELLIDOS: NN, FECHA DE NACIMIENTO: No refiere, LUGAR DE NACIMIENTO: Ecuador, EDAD: (no responde) ???, ESTADO CIVIL: Casado, INSTRUCCIÓN: No refiere, OCUPACIÓN: Refiere “Mecánico Automotriz”
 - V. MOTIVO DEL PERITAJE: evaluación psiquiátrica y psicológica dentro de un probable delito contra la libertad sexual.
 - VI. ENFERMEDAD ACTUAL O HISTORIA DE LA ENFERMEDAD O DEL HECHO:
 - VII. Reconocido manifiesta “No sé, no me acuerdo de nada”
 - VIII. REVISIÓN POR SISTEMAS: permanece en silencio
 - IX. ANTECEDENTES PATOLÓGICOS PERSONALES: no refiere
 - X. ANTECEDENTES PATOLÓGICOS FAMILIARES: no refiere
 - XI. ANTECEDENTES GENERALES: sin preguntarle indica a nivel de la Historia Psicosexual: “fui violado por mi empleada cuando era niño, era horrible, asqueroso”, el resto de la entrevista no responde, indica posteriormente “no sé”
 - XII. ANTECEDENTES PSICOPATOLÓGICOS PERSONALES: manifiesta: “no sé”
 - XIII. RASGOS DE PERSONALIDAD: examinado evita responder el MMPI-2, el examen mínimo del estado mental, actúa como que no comprendiera las órdenes sencillas. HTP: no acata el pedido de dibujar para un test proyectivo.
 - XIV. EXAMEN DEL EVALUADO
 - a. EXAMEN FÍSICO: examinado atlético, que presenta distribuidos en su cuerpo trece tatuajes decorativos en la cara dorsal del pulgar izquierdo tatuado un sol, resto del examen físico sin patología aparente.
 - b. EXAMEN PSIQUIÁTRICO: reconocido acude traído por dos guías penitenciarios se halla en buenas condiciones de presentación personal e higiénica, bien vestido, peinado y rasurado, ambulatorio, alerta, consciente, aparenta risas inmotivadas, orientado en persona, aparenta desorientado en tiempo y espacio dice: es 50 de diciembre del 4000, memoria retrograda y anterógrada aparenta afectación refiere siempre “no sé, no me acuerdo de nada”, aparenta alteración en las sensopercepciones cuenta alucinaciones visuales y auditivas “se ríe y dice veo una paloma, escucho la voz de sus hijos que me llaman”, afectivamente indiferente, voluntad conservada, solicita un vaso de agua se le da las instrucciones para obtenerlo y lo realiza perfectamente.
 - XV. EXAMENES COMPLEMENTARIOS: no se solicitan
 - XVI. CONCLUSIONES
 - a. El examinado no colabora con la entrevista.
 - b. Las conductas del examinado durante la entrevista no guardan relación ni coherencia con ningún síndrome psicopatológico conocido, tampoco tiene antecedentes en conductas anteriores a su aprehensión, por lo cual no es posible al momento asignar algún diagnóstico clínico psicopatológico.
 - c. Las conductas y actitudes del examinado fuera del consultorio varían, se muestra expectante, vigilante, orientado y atiende estímulos del ambiente.
 - d. El examinado podría padecer algún tipo de trastorno de la personalidad al

momento indiferenciado, ya que no colabora con la entrevista ni la aplicación de test. El trastorno de la personalidad no implica afectación fundamental y directa de las funciones psíquicas de conciencia (funciones intelectivas y cognitivas) y voluntad (control de la conducta).

- e. Impresión Diagnóstica: el examinado presenta un examen mental normal y está simulando una enfermedad mental con productividad psicopatológica.
- f. Su autoridad le solicitó se realice una evaluación neurológica para descartar organicidad, evaluación y observación constante por los profesionales médicos, psiquiatra y psicólogo del centro penitenciario para confirmar el diagnóstico. (Salazar Diaz, 2011)

Tras la audiencia, la resolución del Juez, con la ayuda de la Evaluación Psiquiátrica donde se destaca que el evaluado no colabora con la entrevista, ni que las conductas presentadas por el mismo guardan relación ni coherencia con ningún síndrome psiquiátrico conocido, y que el trastorno de la personalidad no implica afectación de funciones psíquicas de conciencia y voluntad, declaró el presente caso para sentencia como imputable; con una condena de 8 años, situación recalcada, nuevamente, por los medios de comunicación⁴.

Mientras el evaluado se encontraba cumpliendo la condena dispuesta, fallece en el interior del centro de rehabilitación, aparentemente por ingesta de sustancia desconocida, de lo cual tras la autopsia médico legal se especifica la causa de muerte por Insuficiencia Respiratoria Aguda por Neumonitis Tóxica (Herrera Almagro, 2012) (Consejo de la Judicatura, 2016) (Diario La Hora Nacional, 2011).

4. Discusión

Durante el Proceso Penal Ecuatoriano en las etapas de Investigación Previa o Instrucción Fiscal, y en ocasiones en la etapa de Juicio, solicitan los magistrados la práctica de las pericias psiquiátricas y psicológicas forenses a los peritos acreditados del Departamento Médico Legal de la Policía Judicial de Pichincha para esclarecer la normalidad mental del procesado; llegando los peritos a diagnosticar la simulación, se presentó un caso forense en el Departamento de Medicina Legal de la Policía Judicial de Pichincha, en el cual el ciudadano procesado simuló una enfermedad mental con productividad psicopatológica y, una vez que fue el peritaje elevado a prueba en la etapa de juicio, fue sentenciado como imputable. En el Ecuador no se encuentran estadísticas sobre la simulación en peritajes, sin embargo, se describen en un estudio realizado en Argentina sobre la detección de simulación de la enfermedad mental dentro del ámbito penitenciario mediante el protocolo de evaluación de simulación, en el cual de una población de 35 el 30% presentó simulación y el 63% de los evaluados tuvo un trastorno de personalidad (Bertone et al., 2012); así también se pueden encontrar varias referencias en la web de sentencias de culpabilidad tras la evidencia de simulación de enfermedad (Thomson Reuters, 2010).

5. Conclusiones

- a) Los administradores de justicia de Ecuador, ante la duda de la presencia o no de una enfermedad mental de la persona involucrada en un proceso de tipo legal, utilizan para esclarecer los diagnósticos a los peritos en psiquiatría y psicología forense acreditados por el Consejo de la Judicatura.
- b) Los peritos en psiquiatría y psicología forense deben, en lo posible, apegarse al proto-

⁴ Por ejemplo, la noticia "Dictan sentencia de ocho años contra violador" en el diario *La Hora Nacional* del 12 de Octubre de 2011. <<https://lahora.com.ec/noticia/1101219032/home>>.

colo del peritaje psiquiátrico y psicológico forense que reúne las pautas para diagnosticar cuando se sospeche de simulación.

- c) En el peritaje psiquiátrico y psicológico forense se debe valorar si el examinado presenta o no una enfermedad mental que conlleve a una disminución o anulación de la imputabilidad.
- d) La simulación no modifica la imputabilidad del individuo, ya que la misma no es una patología mental ni mucho menos específica alguna condición riesgosa para el procesado.
- e) La simulación no es agravante ni atenuante de responsabilidad penal.
- f) El caso forense presentado ejemplifica claramente todo el proceso de definiciones, diagnóstico y consiguiente manejo jurídico de un procesado que presenta simulación de enfermedad dentro del proceso judicial.

Referencias bibliográficas

- American Psychiatric Association. (2014). *Guía de Consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM 5* (5th ed.). Arlington: American Psychiatric Association. <https://doi.org/10.1176/appi.ajp.2014.14010102>
- Bande, S. (2007). *Manual de interpretación del Rorschach* (1ra ed.). Madrid: Psimática.
- Ben, Y. S. (2009). *Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota*. España: TEA Ediciones S. A.
- Bertone, M. S. et al. (2012). Detección de simulación de la enfermedad mental dentro del ámbito penitenciario mediante el protocolo de evaluación de simulación (PES). *Revista de Neuropsicología*, 12 (2), 116.
- Bruno, A. y Cabello, J. (2002). Simulación en Psiquiatría Forense, Cuadernos de Medicina Forense. Medicina Forense Peru: <<http://www.medicinaforenseperu.org/media/documentos/20100216175230.pdf>>.
- (2012). Simulación en Psiquiatría Forense. Criminalistica.mx: <<http://criminalistica.mx/areas-forenses/psicologia-y-psiquiatria/957-simulacion-en-psiquiatria-forense>>.
- Cabrera, J. y Fuentes, J. (1990). *Psiquiatría y Derecho*. (1ra ed.). Madrid: Aran.
- Consejo de la Judicatura. (2016). eSATJE-Consejo de la Judicatura: <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsfEnciclopediaJuridica>>.
- Enciclopedia Jurídica. Simulación en psiquiatría Forense. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/simulaci%C3%B3n-en-psiquiatr%C3%ADa-forense/simulaci%C3%B3n-en-psiquiatr%C3%ADa-forense.htm>>.
- Gisbert Calabuig, J. A. (2001). *Medicina Legal y Toxicología* (5ta ed.). Barcelona: Masson.
- Herrera Almagro, F. (2012). Informe N 358-DML-2012. Autopsia Medico-Legal, Policía Nacional del Ecuador, Departamento de Medicina Legal, Quito.
- Ingenieros, J. (2003). *Simulación de Locura* (1ra ed.). Argentina: Editorial del Cardo.
- Marco, R. et al. (1990). *Psiquiatría forense*. Barcelona: Salvat.
- Matamoros, D. y Coello-Cortés, R. (2010). Síndrome de Munchausen: Primer caso informado en Honduras. *Revista Médica Hondur*, 54 (1986), 233-236.
- Maza, A. (2014). Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (COIP, comentarios -7). <<http://angelitomaza.blogspot.com/2014/06/tipicidad-antijuridicidad-y.html>>.

- Núñez, J. (2014). *Psicología Criminal y Criminalística* (3ra ed.). La Paz, Bolivia: El original San José.
- Organización Mundial de la Salud (1992). *Códigos según Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con Salud* (10 ed.). (R. Salgado, Ed.) Madrid: Meditor.
- Ossandón, J. (2010). *Escuela de psicología: psicodiagnóstico pericial*. Iquique: Universidad Bolivariana.
- Pérez, J. (2007). Simulación neuropsiquiátrica. Aspectos forenses. *Revista Hospital Psiquiátrico de la Habana*, 4 (1). <<http://www.revistahph.sld.cu/hph0107/hph010807.htm>>.
- Ribé, J. (2008). *Psiquiatría Forense* (2da ed.). Barcelona: espaxs.
- Salazar Diaz, A. D. (2011). Informe Psiquiátrico Forense N 3409-DML-2011. Informe Psiquiátrico, Departamento de Medicina Legal del Pichincha, Psiquiatría, Quito.
- Silva, H. (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Tomo 2. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Solórzano Niño, R. (1994). *Psiquiatría Clínica y Forense* (2da ed.). Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Tapias, A. et al. (2008). Ensayo Sobre Criterios De Simulación De Psicopatologías Para Argumentar Inimputabilidad En Procesos Judiciales. *Psicología Jurídica*: <<http://psicologiajuridica.org/psj6.html>>.
- Tiffo, B. (2008). *Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense*. Barcelona: Bosch Editor.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de Febrero de 2014.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2014). *Reglamento Del Sistema Pericial Integral De La Funcion Judicial*. Registro Oficial Edición Especial 125, 28 de Abril de 2014.

Sentencias

- Sentencia T.S.J. Aragón 434/2010, de 14 de junio. ASESORÍA & EMPRESA: <<http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/47698/sentencia-ts-j-aragon-434-2010-de-14-de-junio-despido-disciplinario-simulacion-de-enfermedad-u->>.

Una visión sobre el daño moral en la relación de consumo

A comprehensive look about moral damages in consumer relations

JORGE GUSTAVO TAMAYO SILVA¹
Investigador Independiente. Ecuador

ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU²
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina.

Resumen

El daño moral ha sido tratado con asiduidad, tanto en jurisprudencia como en estudios doctrinarios, siendo objeto de una continua evolución. Sin embargo, y a pesar de ser ampliamente analizado y sentenciado en el derecho comparado, en la República del Ecuador no ha existido mayor tratamiento o análisis a la figura del daño moral dentro de la relación de consumo, situación que analizaremos en detalle. Por último, realizaremos una crítica conjuntamente con una exhortación a los tribunales ecuatorianos, en busca de su reconocimiento.

Palabras clave

Relación de consumo / Indemnización de perjuicios / Daño moral / Derecho comparado.

Summary

Moral damages have been treated with assiduity, both in jurisprudence and in doctrinal studies, being the object of a continuous evolution. However, in spite of being widely analyzed in comparative law, in the Republic of Ecuador there has been no greater treatment or analysis to the figure of moral damages within consumer relations, situation that we will analyze in detail. Finally, we will critique jointly with an exhortation to the Ecuadorian courts, in search of their recognition.

Keywords

Consumer relations / Claim damages / Moral damages / Comparative Law.

¹ Abogado, por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador). Máster en Derecho LL.M. con Mención en Derecho de la Empresa, por la Pontificia Universidad Católica (Chile). Correo electrónico: jtamayo@tamayoclc.com

² Abogado, por la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Máster en Derecho Empresario, por la Universidad Austral (Argentina). Doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Secretario sede Jujuy, del "Instituto Noroeste" perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: ariascau@hotmail.com



1. Introducción

En el ámbito del derecho de consumo, también denominado “derecho de defensa del consumidor”, la legislación latinoamericana ha experimentado una constante evolución con la finalidad máxima de regular adecuadamente las relaciones de consumo, y de forma especial, de proteger al eslabón más débil de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; es decir: *el consumidor*³.

En la República del Ecuador, de la lectura y análisis de su legislación, podemos observar que el Juez de Contravenciones, quién está facultado para conocer las causas iniciadas por violaciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor (LODC)⁴, dentro de su sentencia (en caso de ser esta condenatoria al denunciado) debe no sólo imponer una multa, sino que, adicionalmente, a ello estipular que se indemnice por daños y perjuicios al afectado⁵. Por ello, es pertinente analizar lo siguiente: ¿es indemnizable el daño moral en la relación de consumo?

A efectos del presente trabajo, junto con el respectivo análisis de la perspectiva ecuatoriana, analizaremos como se aborda esta problemática en el derecho comparado latinoamericano. En ese sentido hemos escogido Chile, Argentina y Brasil, en virtud de ser países donde el derecho de defensa del consumidor ha sido ampliamente desarrollado, estudiado y aplicado a través de la doctrina, jurisprudencia y normativa vigente.

2. El daño moral, dentro de la relación de consumo, en el derecho ecuatoriano

Dadas estas consideraciones, es necesario comentar cómo opera el daño moral (materia generalmente regulada por el Código Civil y desde sus inicios ampliamente reconocida en sede extracontractual, más no en sede contractual) dentro de un estatuto legal especial, como lo es el derecho del consumidor.

En nuestra opinión, dentro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, existen normas que abren la puerta para que la indemnización por daño moral esté presente dentro de las acciones que tiene el consumidor⁶ de considerar que ha sufrido un daño o menoscabo en sus derechos otorgados por este cuerpo normativo, a pesar de ser un ámbito donde, por lo general, los perjuicios son netamente patrimoniales (aunque, como bien se mencionará a continuación, esto no obsta que se pueda causar daños extrapatrimoniales).

No obstante, ello, y de ser esta una tesis ampliamente aceptada, en nuestras cortes se llevó a cabo un proceso sumamente relevante e instructivo. Dentro de la causa N° 17306-2012-1470,

³ En este sentido, el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador señala: “En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes”. En la misma línea, el Artículo 1 de la Ley 19.496 de la República de Chile se expresa en el siguiente sentido: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”. De igual manera, la Ley 24.420 de la República Argentina, en su Artículo 1, expresamente establece que tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, toda vez que es la parte más débil en la relación contractual: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario”. Finalmente, dentro del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990) de la República Federativa de Brasil, en su Artículo 1, se estipula nuevamente el objeto de normar las relaciones entre las partes y proteger al consumidor: “El presente Código establece normas de protección y defensa del consumidor de orden público e interés social”

⁴ Así lo señala el Artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador: “Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción”.

⁵ El Artículo 87 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador lo estipula: “La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios”.

⁶ Así, la LODC, en su Artículo 4 numeral 8, establece el derecho que los consumidores o usuarios tienen a la reparación e indemnización por daños y perjuicios.

sustentada ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, por liquidación de daños y perjuicios, en el considerando octavo de la sentencia, se establece:

En torno al derecho de reclamar daños y perjuicios. Dice el Código Civil, en el Art. 1572, que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código” (2012).

Con base en dicha consideración, el juzgador procedió a negar, dentro de la indemnización, el monto requerido por el actor en lo referente al daño moral.

De igual manera, en la causa N° 17230-2015-0236, por el mismo hecho, la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en el considerando octavo de la sentencia, señaló lo siguiente como motivación para negar la indemnización por daño moral:

Según lo dispuesto por el Art. 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. El inciso final de esta disposición exceptúa de la regla de que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, los casos en que la ley la limita al daño emergente, así como las indemnizaciones por daño moral [...] De lo expuesto se deduce que el daño emergente y el lucro cesante constituyen daño material.— El Art. 2231 del Código Civil también hace la distinción entre el daño material y el daño moral, al establecer que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”. En conclusión, cuando la ley se refiere al daño emergente y lucro cesante, o de manera general a la indemnización de daños y perjuicios, comprende solamente al daño material; pues cuando regula el perjuicio o daño moral lo hace de manera expresa (2015).

Ambas sentencias han determinado, de forma clara y expresa, que el daño moral no es objeto de reparación en las acciones iniciadas por violación a los derechos de los consumidores, porque lo caracterizan como excepcional o de interpretación restrictiva. Empero, en lo que aún es más grave, el Código Civil resulta aplicable de manera supletoria a la relación de consumo, ante las carencias de precisiones específicas del legislador ecuatoriano y la falta de hermenéutica protectoria de los tribunales.

Partiendo de esta consideración, es necesario realizar las siguientes puntualizaciones:

- a) De acuerdo con el *Diccionario Jurídico* de Cabanellas, la expresión “daños y perjuicios” corresponde a lo siguiente:

Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio; la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo (2012).

- b) De una lectura más acuciosa del Artículo 1572 del Código Civil es fácil colegir que se refiere a los elementos que competen netamente a la reparación de daños materiales o patrimoniales, sin que esto excluya la reparación de daños inmateriales o extrapatrimoniales. Efectivamente, al mencionarse en el Artículo 1572 la expresión *indemnización de perjuicios*, se engloba única y exclusivamente una facción del derecho de daños, como lo es el daño patrimonial; más no se refiere a la *indemnización de daños y perjuicios*, señalado por el Artículo 87 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y que engloba —a nuestro juicio— tanto al daño patrimonial, como al extrapatrimonial.
- c) Es preciso tomar en consideración que el Artículo 2232 del Código Civil establece que se puede demandar la reparación de los daños morales “cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”, siendo estos daños el “resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado” y están especialmente obligados a esta reparación quienes causen “sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”. Razones por las cuales el daño moral no puede ser excluido como objeto de reparación en ningún evento.
- d) Adicionalmente a ello, es necesario mencionar que la existencia de una relación contractual no excluye la existencia y obligación de reparar e indemnizar los daños morales o extrapatrimoniales⁷. Al respecto existe diversa normativa comparada que lo consagra, siendo excepcionalmente relevante lo estipulado por el profesor Solé i Feliu:

El análisis realizado hasta el momento nos lleva a defender, como regla general, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual [...]. Sin embargo, como ya se ha visto anteriormente, incluso estos últimos ordenamientos se ven en la necesidad de buscar criterios que permitan a jueces y tribunales indemnizar, con carácter excepcional y bajo ciertos presupuestos, el daño moral que deriva de un incumplimiento contractual [...]. Por todo ello, parece oportuno sostener como regla de principio la no exclusión de la indemnización de la angustia y los sufrimientos [...] (2009, p. 29).

En razón de lo expuesto, estipular que el daño moral o extrapatrimonial no es indemnizable en acciones iniciadas por violación al derecho del consumidor es un error manifiesto, producto de una errónea interpretación de la normativa vigente y, lo más grave, es que deja sin reparar un daño causado por el ilícito de consumo.

Conforme se verá a continuación, no sólo la legislación ecuatoriana reconoce y consagra la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, y por ende el daño moral, sino que de igual manera lo reconocen varios estatutos legales internacionales.

⁷ No obstante ello, en la República Argentina fue necesario reformar el Código Civil de Vélez Sársfield para incorporar, de modo expreso, la posibilidad de incluir el resarcimiento moral en aquellos casos de responsabilidad contractual. En tal sentido, la Ley 17.711 modificó el Art. 522 de dicho cuerpo normativo, en estos términos: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

3. El daño moral, dentro de la relación de consumo, en el derecho comparado

3.1. Chile

En la legislación, doctrina y jurisprudencia chilena, podemos observar que la indemnización del daño moral dentro de la relación de consumo es una institución ampliamente aplicada.

Así, en la Ley 19.496, se consagra lo siguiente: “Artículo 3.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: [...] e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales.”

En ese sentido, jurisprudencia varia ha consolidado este concepto. La Corte Suprema, dentro la causa rol N° 9357-2010 sentenció:

[...] condenándola a satisfacer [...] al pago [...] la suma de [...] como resarcimiento del menoscabo moral ocasionado al consumidor [...] y, en su lugar, decidieron desestimar la denuncia y demanda interpuestas [...]. Por estas consideraciones y lo prevenido en los Artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y la Ley No 19.496, SE ACOGE el recurso de queja (2010).

De igual manera se pronunció en la causa rol N° 8426-2015:

[...] dedujo denuncia infraccional y demanda civil en contra de Cine Hoyts SpA por infracción a la Ley de Protección al Consumidor a causa de un accidente sufrido en dependencias de un cine [...]. Que, en ese contexto, resulta inconcusos que la demandante sufrió daño moral (2015).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de La Serena, en la causa N° 60-2011 se ha manifestado en el mismo sentido, reconociendo la indemnización por daño moral dentro de la relación de consumo: “[...] permiten inferir, en forma fehaciente, el daño moral padecido por la actora [...] a consecuencias de su caída en el interior del supermercado “Jumbo” [...] por lo que no cabe sino acogerse la demanda por este rubro” (2011).

En consecuencia, el consumidor o usuario tiene la facultad de solicitar la reparación del daño moral irrogado. Esto permite que el daño moral sea reconocido en sede contractual, cuando inicialmente era reconocido únicamente en sede extracontractual. Domínguez, en ese sentido, menciona que no existe fundamentos o postulados que impidan su amplia aplicación (2006, pp. 227-244).

Inclusive, en tiempos tan lejanos como el año 1998, la misma autora postulaba, tras la aprobación de la Ley 19.496, el necesario abandono por parte de los tribunales chilenos de la doctrina que negaba el resarcimiento de daños morales o extrapatrimoniales en sede contractual, siendo la unificación del daño moral (su reconocimiento en sede contractual y extracontractual) un hecho justo y propio de la lógica jurídica (Domínguez, 1998, pp. 27-55).

En la normativa chilena existen varios supuestos a través de los cuales se vulneran los derechos de los consumidores y, de esa manera, se abre la puerta para la consecuente indemnización por daño moral⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, es excepcionalmente

⁸ Al respecto podemos observar que existen varias aristas: a) El caso general (Arts. 3, 3 bis y 3 ter). La vulneración de los derechos generales de los consumidores (derecho a una información veraz, a la libre elección del bien o servicio, a la seguridad en el consumo de bienes o servicios, entre otros), consagrados en los artículos previamente mencionados, da lugar a la consecuente indemnización por daños materiales o morales a que hubiere lugar; b) El derecho que tienen los consumidores a demandar la indemnización por los daños ocasionados en caso de ser requerida la reparación del bien adquirido o la devolución de la cantidad pagada (Arts. 19, 20 y 22), incluyéndose en este particular los defectos por vicios ocultos; c) La indemnización por daños en caso de reparación inadecuada (Art. 40).

relevante la consagración del principio de buena fe objetiva como parámetro⁹, no sólo para la integración e interpretación del contrato, sino también para la determinación de ilícitos de consumo perpetrados a través de los contratos de adhesión.

A través de dicho principio se busca evitar graves desequilibrios en la relación de consumo, pero su efecto más importante es que se disminuye el peso de la autonomía de la voluntad de las partes. La autonomía la voluntad de las partes ya no es el eje central de la contratación, ya que el legislador buscó proteger al consumidor y, a través del *in dubio pro consumidor*, se nulifica toda cláusula que perturbe el equilibrio de prestaciones entre el proveedor y el consumidor (cláusulas abusivas). En la relación de consumo lo importante es la funcionalidad del contrato, es decir, que exista una total armonía entre el fin económico del contrato y las disposiciones legales que lo rigen.

Sin embargo, este entramado normativo, al igual que el ecuatoriano y los que se mencionarán a continuación, no otorgan lineamientos para poder cuantificar de forma adecuada esta reparación. Lo que constituye un grave problema, ya que de no estimarse con prudencia puede ser lesiva para el deudor y convertirse en una fuente de enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, al punto de que, como mencionó Vergara en su momento, se haya estado frente a una mercantilización del daño moral en búsqueda por obtener un resarcimiento excesivo (2000, p. 70).

3.2. Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino, a través de la Ley N° 24.240 que establece normas de protección y defensa de los consumidores, encontramos disposiciones similares:

En primer lugar, desde el punto de vista general o genérico aplicable al contrato de consumo:

Artículo 10 bis. – Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor [...]. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Adviértase, en virtud de la relación de consumo (Art. 42, Constitución de la Nación Argentina), que admite tanto la fuente contractual como la extracontractual, el incumplimiento del proveedor puede darse tanto en las negociaciones previas o tratativas preliminares como una vez ya perfeccionado el contrato, otorgándose al consumidor o usuario diversas posibilidades. Empero, sin perjuicio de optar por continuar o no con el vínculo jurídico, siempre tiene a su disposición la posibilidad de incluir aquellos rubros indemnizatorios (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance y daño extrapatrimonial), en la medida que se hayan cumplido con los presupuestos de la responsabilidad civil.

Para el supuesto que el incumplimiento del proveedor haya generado un estado de angustia, ansiedad o turbación en el espíritu del consumidor, se podrá incluir como rubro dentro de la cuenta indemnizatoria al daño moral o extrapatrimonial. En efecto, recordemos que, en la sociedad de consumo, prácticamente, el consumidor se encuentra obligado a consumir, so pena de ser expulsado

⁹ Así se consagra en el Artículo 16, literal g, de la Ley 19.496 de la República de Chile: “Artículo 16. – No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: [...] g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

del mercado, y cuando un producto le ocasiona un daño moral debe ser indemnizado. Por supuesto, la intensidad del perjuicio deberá probarse en el caso concreto, siempre y cuando no haya existido un caso fortuito que haya obstaculizado el cumplimiento de la obligación de parte del proveedor.

En segundo lugar, en el marco de la aplicación de la garantía del producto, para el supuesto de reparación no satisfactoria o insatisfactoria:

Artículo 17. Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: [...] En todos los casos, no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el legislador ha previsto diversas opciones a favor del consumidor, que van de requerir la sustitución o pedir el valor equivalente. Empero, cualquiera sea la elección del consumidor, siempre tendrá a mano demandar o reclamar los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que la falta de reparación del producto le hayan ocasionado.

En tercer lugar, para el supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa o servicio, conocido como daños por productos elaborados, o accidentes de consumo en el derecho argentino, advertimos:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En cuarto lugar, en sede administrativa, en el marco del procedimiento previo de solución de conflictos, a cargo de la Autoridad de aplicación, nacional o local, puede pedir:

Artículo 40 bis. Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En dicho sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, dentro del expediente N° 500310/36, en su fallo emitido el 29 de marzo de 2005, fue sumamente clara y expresa al señalar que el daño al consumidor debe ser entendido en su sentido amplio, debiendo incluirse el daño moral:

Ahora bien, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de este deber de información, en el caso que ocasione daños puede acarrear la responsabilidad fijada en el Art. 40 de la ley. El citado artículo refiere al daño ocasionado al consumidor en sentido amplio; por lo que al usuario o consumidor le asiste el derecho a reclamar a los responsables enumerados en el Art. 40, no sólo por el daño físico sufrido y por los perjuicios patrimoniales, sino también por el daño moral (2005).

En la misma línea, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de CABA, dentro del expediente N° 36.440-2010, ha admitido al daño moral como objeto de reparación en las relaciones de consumo:

El primer sentenciante [...] admitió condenar al citado como tercero, Sr. Hernán Paglia, a abonar a los actores la suma de \$3,500, con más intereses y costas, en concepto de daño emergente. También condena a [...] abonar [...] la suma de pesos 16.000 y a [...] la suma de pesos 22.000 en concepto de daño moral.

Y visto transcripto lo deliberado y conclusiones precedentemente, por establecidas en unanimidad de votos el Acuerdo el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia apelada admitiendo la demanda que por daños y perjuicios promovieran los actores contra “Mercado Libre SRL”, haciéndole extensiva la condena respecto a los resarcimientos indemnizatorios admitidos (2010).

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, también reconoce la pertinencia de la indemnización por daño moral en la relación de consumo, estableciendo que la inclusión errónea de un usuario en la base de datos de deudores del sistema financiero era causal de indemnización. Esta sentencia, emitida el 15 de agosto de 2014, es sumamente instructiva, toda vez que delimita ciertos tipos de incumplimientos contractuales que derivan en un agravio moral, invirtiéndose la carga de la prueba a favor de los usuarios o consumidores afectados (2014).

En dicho sentido, es necesario tomar en consideración lo dicho por la autora Graciela Lovece:

El mero incumplimiento en el marco de una relación de consumo en la cual la empresa pudiendo y estando obligada legalmente a cumplir no lo hace; implica un agravio moral, resultando innecesaria su prueba específica, según lo sostenido por el Art. 42, CN, que reconoce un derecho a la protección de los intereses económicos y extraeconómicos de los consumidores y usuarios (salud e integridad psicofísica, seguridad, dignidad etc.) de tal forma que la reparación del daño moral frente al incumplimiento contractual empresario no implica más que el cumplimiento adecuado de la directiva constitucional (2014, p. 422).

Extremadamente relevante, además, es la postura de Lorenzetti (1999), para quien en el derecho de consumo la brecha entre los regímenes de responsabilidad tiende a suprimirse. Por último, incluso se ha esbozado una tesis amplia aplicable al Art. 40 bis de la LDC, en su anterior redacción, postulándose por Molina Sandoval (2008), dentro de la noción de daño directo, también la inclusión del daño moral (Calderón, 2010).

Finalmente, resulta pertinente tomar en consideración la sentencia emitida por la IV Sala de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, en la cual se señaló expresamente como factor indemnizable por daño moral la pérdida de tiempo sufrida por el consumidor (2012).

Esto es vital, ya que se reconoce expresamente un hecho real dentro de la relación de consumo, el cual es la existencia de múltiples vicisitudes, reclamos y, por ende, una pérdida real de tiempo. Al respecto, los profesores Arias Cáu y Barocelli mencionan que es usual que los usuarios o consumidores sufran el tener que dejar de asumir sus compromisos personales o directamente el menoscabo en su libre disposición del tiempo, debiendo renunciar a él para atender sus reclamos. Para ello, argumentan:

Se ha sostenido que la pérdida del tiempo resulta un perjuicio indemnizable cuando esa pérdida, ajena a su voluntad, está originada por la acción u omisión de un tercero que cause un daño a una persona. Señala Zavala de González que resulta encomiable reconocer un daño moral por pérdida injustificada de tiempo —el cual es vida y libertad— ya que éste resulta jurídicamente significativo al margen de su función instrumental para logros existenciales y económicos (Arias Cáu y Barocelli, 2013, p. 17).

En nuestra opinión, dentro del daño moral¹⁰ deberán incluirse algunos hechos relevantes en el derecho de defensa del consumidor (ej. pérdida de tiempo; omisión de información; publicidad engañosa; etc.) y que pueden ser susceptibles de generar daños a la persona, como infracciones objetivas.

Por último, lo más relevante, es que la interpretación que realizan los autores y la jurisprudencia es de naturaleza protectoria del consumidor, teniendo como punto de mira abarcar la mayor extensión, siendo por tanto *extensiva de los derechos del consumidor*. A tales efectos, se utiliza como criterio hermenéutico el principio protectorio de rango constitucional (Art. 42, Constitución de la Nación Argentina) y legal (Arts. 1, 3 y concordantes, Ley N° 24.240), conjuntamente con el denominado *in dubio pro consumidor* (Art. 3), a fin que actúen como una válvula de escape para aquellos casos dudosos, que sirven para morigerar la normativa civil y comercial prevista para situaciones diversas a las previstas en la actual sociedad de consumo.

Por lo tanto, ante la pregunta si los daños extrapatrimoniales se encuentran incluidos o no en la normativa del derecho de defensa del consumidor, la respuesta positiva se impone. Ello, con fundamento en el Art. 3 *in fine* ya citado, que prescribe: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

3.3. Brasil

En cumplimiento de la manda contenida en la Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988 (Art. 5 y disposición transitoria; Art. 48), el Congreso Nacional dicta la Ley N° 8078 que sanciona un régimen normativo protectorio del consumidor, conocido como “Código de Defensa y Protección del Consumidor¹¹” (CDC) en el año 1990.

El CDC trae diversas normas referentes a la responsabilidad por daños dentro de la relación de consumo, en virtud de las cuales el consumidor estándar o equiparado puede reclamar a los proveedores los daños y perjuicios sufridos, y que pasaremos brevemente revista.

Uno de los derechos básicos del consumidor consiste en:

Artículo 6. – Son derechos básicos del consumidor: [...] VI) la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos. VII) el acceso a los órganos judiciales y administrativos para la prevención o reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos o difusos, asegurando la protección jurídica, administrativa y técnica a los necesitados.

¹⁰ “En lo que respecta al daño moral, habiéndose demostrado que con la adquisición de un auto BMW de alta gama no se reunieron las características ofrecidas en el propio instructivo del vehículo, además de todas las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía, es que considero que se encuentra acreditado el agravio como resultado existencial negativo diferente de aquél al que se encontraba antes de la compra del auto, siendo procedente la indemnización que en concepto de daño moral fuera reclamada” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2014).

¹¹ Utilizamos para la consulta el “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, editado por la Autarquía de Protección y Defensa del Consumidor del Estado de Río de Janeiro y la Secretaría de Estado de Protección y Defensa del Consumidor, Gobierno de Río de Janeiro, Río de Janeiro, 2014.

Se advierte, por tanto, que el legislador brasileño, a fin de aventar dudas, ha incluido de modo expreso como un derecho básico del consumidor la prevención y reparación *efectiva* de los daños patrimoniales y morales, y que será aplicable tanto a los derechos individuales del consumidor en sentido estricto, como también aquellos colectivos propios de los derechos individuales homogéneos, y aún, para el caso de los difusos. Luego, agrega, el modo especial de llevarlo a la práctica mediante el acceso a los órganos, tanto judiciales como administrativos.

Como un modo de protección del consumidor, se han establecido en el Artículo 51 un elenco de cláusulas contractuales que serán nulas de pleno derecho. Su carácter es meramente enunciativo. En particular, nos interesa la primera de ellas.

Artículo 51. Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: I – impidan, exoneren o atenúen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios o impliquen renuncia o deposición de derechos. En las relaciones de consumo entre el proveedor y el consumidor o persona jurídica, la indemnización podrá ser limitada, en situaciones justificables.

Adviértase que la primera cláusula elegida a fin de considerarla nula, *ipso jure*, ha sido aquella que pudiera incluirse en contratos de consumo y que tenga por efecto limitar, impedir o suprimir la responsabilidad del proveedor por vicios o bien que implique una renuncia a pedir, por ejemplo, una indemnización por daño moral. Para el supuesto que ella fuera incluida en un contrato de consumo se tendrá por nula de pleno derecho porque implicaría una renuncia anticipada de un derecho, propio y específico, del consumidor en materia de daños. Tratándose de normativa de orden público, se advierte que los derechos otorgados por el régimen protectorio, de rango constitucional e infra legal, *no son disponibles* por las partes y, especialmente, por el proveedor en tanto sujeto predisponente de los contratos. Y, para el caso que ello suceda, la sanción prevista por el legislador es clara: *nulidad de pleno derecho*.

En materia responsabilizatoria, se han distinguido diferentes supuestos en los cuales el proveedor, en sentido lato, tendrá la obligación de responder frente al consumidor de acuerdo a los daños ocasionados.

En primer lugar, la responsabilidad por accidentes de consumo:

Artículo 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos resultantes del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o envase de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

En este supuesto legal, se regula la responsabilidad por productos elaborados o accidentes de consumo¹², en los cuales los distintos eslabones de la cadena de producción, distribución y comercialización de productos o servicios responderán por aquellos daños causados a los consumidores. Recuérdese que, en el CDC, siempre que se menciona el término “daños” se incluyen tanto los patrimoniales como los morales (Art. 6, *in fine*), conforme fuera adelantado. No interesa el factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) frente al consumidor, puesto que todos ellos responden objetivamente por los daños causados.

En segundo lugar, la responsabilidad por vicio del producto o servicio:

¹²Se origina en la “violación de un deber de seguridad que se imputa a todos los proveedores” (Miragem, 2012, p. 486).

Artículo 25. Es prohibida estipulación contractual de cláusula que haga imposible, exonere o atenúe la obligación de indemnizar prevista en esta sección y en las anteriores. § 1. Habiendo más que un responsable de causar el daño, todos responderán solidariamente por la reparación prevista en esta sección y en las anteriores. § 2. Siendo el daño causado por componente o pieza incorporada al producto o servicio, serán responsables solidarios su fabricante, constructor o importador y aquel que haya realizado la incorporación.

En idénticos términos al caso anterior, también se incluye una norma expresa que impida la inclusión de cláusula alguna al contrato de consumo que impida o limite de alguna manera la obligación de indemnizar. Y, para el supuesto que ello ocurra, la sanción es su expresa prohibición careciendo de efecto vinculante para el consumidor, quien podrá promover una acción judicial a los efectos de obtener la reparación del daño originado a pesar de la inclusión de una cláusula en contrario por parte del proveedor. Por lo tanto, cabe reproducir los mismos considerandos que sostuvimos más arriba. En efecto, esta responsabilidad, también, comprende la “reparación de daños patrimoniales y morales” (Art. 6, VI), “siempre que haya perjuicios resarcibles” (Miragem, 2012, p. 499); por ello, en contrapartida, el proveedor “posee el deber de indemnizar los perjuicios sufridos por el consumidor, [por ejemplo] por la privación del uso del bien durante el plazo de reparación¹³” (Bessa y Moura, 2014, p. 132).

En tercer lugar, la responsabilidad por incumplimiento de la oferta por parte del proveedor:

Art. 35. Si el proveedor de productos o servicios se rehúsa a cumplir con la oferta, presentación o publicidad, el consumidor podrá elegir alternativamente y a su opción: I. exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de acuerdo a los términos de la oferta, presentación o publicidad; II. aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; III. rescindir el contrato con derecho a la restitución del monto eventualmente anticipado, debidamente corregido, y pérdidas y daños.

En la oferta de productos y servicios, recordemos, toda información “obliga al proveedor que la haya transmitido o que de ella se utilice, pasando a integrar el contrato que venga a ser celebrado” (Art. 30 CDC), debiendo “asegurar informaciones correctas, claras, precisas, ostensivas, y en idioma portugués” (Art. 31 CDC), facultándose al consumidor a elegir entre diferentes opciones para el caso de incumplimiento (Art. 35 CDC). Así, el “incumplimiento de este deber puede dar causa tanto al cumplimiento específico de la obligación con la que se compromete la oferta (cuando esta fuera más ventajosa para el consumidor), como la imposición de sanciones específicas prevista en el CDC, sin perjuicio de indemnización por pérdidas y daños al consumidor o a la colectividad perjudicada” (Miragem, 2012, p. 227).

Dentro del ámbito jurisprudencial, en línea con lo previamente señalado dentro de la esfera normativa y doctrinaria, la justicia brasileña ha reconocido ampliamente las indemnizaciones por daño moral dentro de la relación de consumo.

¹³ “En términos prácticos, una alternativa posible para el proveedor, es entregar al consumidor, mientras dura la reparación, otro bien, evitándose el posterior deber de indemnización” (Bessa y Moura, 2014, p. 132).

Dentro del Recurso Especial N° 1.562.700 / SP¹⁴, la Tercera Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, a través de su Ministro Paulo de Tarso Sanseverino mediante sentencia dictada el 6 de diciembre de 2016, ordenó el pago de R\$ 10.000 (diez mil reales), por concepto de indemnización de daño moral, debido a la vulneración del deber de información consagrado en el Código de Defensa del Consumidor brasileño.

En la misma línea, dentro del Recurso Especial N° 1.250.505 / RS¹⁵, la Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, a través de su Ministra María Isabel Gallotti mediante sentencia dictada el 25 de octubre de 2016, ordenó el pago de R\$ 5.000 (cinco mil reales), por concepto de indemnización de daño moral, debido a la violación de los derechos de los consumidores por llevar a cabo prácticas comerciales encuadradas en el concepto de publicidad engañosa.

Por último, la fijación del monto de indemnización en concepto de daño moral dependerá de las circunstancias del caso, de la prueba aportada por el consumidor y del contexto en que el daño se haya producido.

En un caso de responsabilidad civil, en el cual un paciente estaba internado en un hospital, ante la falta de prestación de servicios por cuestiones financieras, se dijo con respecto al monto de daño moral, lo siguiente:

La determinación del importe debido en concepto de daño moral queda al prudente arbitrio del juez, debiendo pesar, en estas circunstancias, la gravedad y duración de la lesión, las posibilidades de quien debe reparar el daño y las condiciones del ofendido (Tribunal de Justicia de Pernambuco, 2010).

En razón de lo expuesto, y de la mano con lo estipulado por la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada, concluimos que la expresión daños y perjuicios, presente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador, engloba precisamente al daño moral, no lo excluye, como desafortunadamente lo interpretaron los jueces ecuatorianos en las causas mencionadas.

4. Conclusiones

- a) El daño moral, conforme a todo lo previamente señalado, es indemnizable dentro de las relaciones de consumo. Toda manifestación en contrario es absolutamente errónea, máxime cuando la postura de negar el daño extrapatrimonial dentro de relaciones contractuales está ampliamente superada desde hace varios años. Los juzgadores deben aplicar íntegramente la normativa, y evitar toda interpretación que no se corresponda con el espíritu de la misma. Argumentar que está vedada la reparación del daño moral o extrapatrimonial, en un ámbito donde lo que se busca

¹⁴ “[...] 3. La información adecuada y clara sobre el servicio a ser brindado es un derecho básico de los consumidores (Art. 6, III, de la CDC). 4. La información insuficiente o inadecuada hace que el servicio sea defectuoso, ocasionando responsabilidad por falta de servicio (Art. 14 de la CDC) y la obligación de reparar el daño causado a los consumidores [...] Nota: La indemnización por daños morales asciende a R\$ 10.000 (diez mil reales) para cada actor” (Tercera Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, 2016).

¹⁵ “1. Viola el principio de buena fe objetiva que debe observar el proveedor del producto, abusando de la mala salud del consumidor, su avanzada edad y su condición social, prometiendo falsamente la cura para sus enfermedades con un producto sabidamente ineficaz [...] 2. El consumidor, al utilizar los recursos para comprar equipos costosos ineficaces, perdió la posibilidad de someterse a los tratamientos adecuados para curar o aliviar sus males [...] Nota: La indemnización por daños morales asciende a R\$ 5.000,00 (cinco mil reales)” (Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, 2016).

- es proteger y dotar de derechos y obligaciones al consumidor al ser la parte más débil de la relación contractual, simplemente no tiene asidero.
- b) No obstante, lo señalado, esta aplicación no es amplia, toda vez que no todo incumplimiento contractual es causal de indemnización por daño moral, implicaría un resarcimiento excesivo a favor de la víctima, lo que conllevaría, efectivamente, a una mercantilización del daño moral, lo cual se debe evitar a toda costa ya que esa no es su naturaleza.
 - c) Fallos como los analizados dentro de este trabajo demuestran la imperiosa necesidad que tiene Ecuador, dentro del plano jurídico, de que los jueces adopten las nuevas vertientes doctrinarias, a fin de dotar de real sentido a la normativa vigente a través de sus resoluciones.
 - d) La interpretación de las leyes de defensa del consumidor debe ser estricta, teniendo en cuenta la finalidad protectora de sus contenidos, utilizándose con precaución el texto y la doctrina de los Códigos Civiles y Comerciales, por ser basadas en nociones distintas a la actual sociedad de consumo.

Referencias bibliográficas

- Arias Cáu, E. y Barocelli, S. (2013). Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor. *La Ley, Doctrina Judicial*, 29 (16), 1-14.
- Bessa, L.y R. y Moura, W. (2014). *Manual de direito do consumidor* (4ª ed.). Brasilia: Escola Nacional de Defesa do Consumidor.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Calderón, M.R. (2010). El daño directo (Art. 40 bis de la Ley 24.240). En L. Fernández (dir.). *Responsabilidad Civil. Homenaje al Profesor Doctor René A. Padilla* (pp. 151-168). Buenos Aires: La Ley.
- Domínguez, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (1), 27-55.
- (2006). La reparación del daño moral derivado del contrato de derecho civil chileno: realidad y límites. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales*, 3, 227-255.
- Lorenzetti, R. (1999). *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lovece, G. I. (2014). Protección integral del derecho a la salud. *Revista jurídica la Ley*, 2014 (B), 422-428.
- Miragem, B. (2012). *Curso de direito do consumidor*. 3ª edição, Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Molina Sandoval, C. (2008). *Derecho de Consumo. Con la reforma de la Ley 26.361*. Córdoba: Advocatus.
- Solé i Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derechos español. *Revista para el Análisis del Derecho (INDRET)*, 1, 2-42.
- Vergara, J. P. (2000). La mercantilización del daño moral. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 1, 67-81.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2000). *Ley Orgánica de Defensa al Consumidor*. 16 de enero de 2015.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Civil*. 22 de mayo de 2015.
- Congreso Nacional de la República de Chile (1997). *Ley N° 19.496*. 7 de marzo de 1997.
- Gobierno de Río de Janeiro (2014). *Código de Protección y Defensa del Consumidor*. 11 de septiembre de 1990.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1993). *Ley N° 24.240*. 15 de octubre de 1993.

Sentencias

- Cámara Civil y Comercial de Rosario (2012). *Vázquez Ferreyra con Claro AMX Argentina y otro*. Sentencia de 7 de agosto de 2012. Expediente N° 5/2012.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (2005). *Cuello con Telecom Personal S.A.* Sentencia de 29 de marzo de 2005. Expediente N° 500310/36.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (2014). *Salinas con Banco Columbia S.A. y otro*. Sentencia de 15 de agosto de 2014. N° MJ-JU-M-88511-AR.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de CABA (2012). *Claps y otro con Mercado Libre SRL y otro*. Sentencia de 5 de octubre de 2012. Expediente N° 36.440-2010. <http://www.protectora.org.ar/wp-content/2012/05/Fallo_Claps_Mercado_libre.pdf>
- Corte de Apelaciones de La Serena (2011). *Corvas y otro con Cencosud Supermercado S.A.* Sentencia de 28 de junio de 2011. Causa N° 60-2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2015). *Faúndez con Constructora y Administradora Uno S.A.* Sentencia de 15 de marzo de 2015. Rol N° 1751-2015.
- Corte Suprema de Chile (2010). *Olmos con Paris S.A. y otro*. Sentencia de 23 de marzo de 2011. Rol N° 9357-2010.
- (2015). *Paredes con Cine Hoyts SpA*. Sentencia de 11 de agosto de 2015. Rol N° 8426-2015.
- Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil (2016). *Fagundes con Fisiolar Negrão e Munhoz LTDA*. Sentencia de 25 de octubre de 2016. Recurso Especial N° 1.250.505/RS.
- Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha (2012). *Yáñez con General Motors S.A. y otro*. Sentencia de 10 de diciembre de 2012. Proceso N° 17306-2012-1470.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (2014). *Capaccioni, Roberto Luis con Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A.* Sentencia de 30 de septiembre de 2014. N° AR/JUR/50192/2014
- Terceira Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil (2016). *Lopes y otro con Santos Brasil Viagens e Turismo LTDA-ME*. Sentencia de 6 de diciembre de 2016. Recurso Especial N° 1.562.700/SP.
- Tribunal de Justicia de Pernambuco (2010). *Vieira de Souza con Real Hospital Português de Beneficência Em Pernambuco y otro*. Sentencia de 11 de marzo de 2010. Apelación Civil N° 0604589-4.
- Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (2015). *Yáñez con General Motors S.A. y otro*. Sentencia de 25 de mayo de 2015. Proceso N° 17230-2015-0236.

The Role of the Organization of American States in Peaceful Settlement of Disputes

El papel de la Organización de Estados Americanos en la resolución pacífica de conflictos

SONIA BOULOS

Antonio de Nebrija University

Summary

This article analyzes the role of the OAS in creating political and adjudicative frameworks for the peaceful settlement of the disputes between American states. The article suggests that while the OAS has succeeded in creating strong political frameworks for the pacific settlement of regional disputes, it fell short of designing equally successful adjudicative frameworks. Revitalizing the OAS frameworks for the pacific settlement of disputes would enhance regional peace and stability; it is also necessary if the OAS wishes to remain *the* prominent regional organization in the Western Hemisphere.

Keywords

Peaceful settlement of disputes / The Charter of the OAS / The Pact of Bogota / Competence of the ICJ.

Resumen

Este artículo analiza el papel de la OEA en la creación de marcos políticos y adjudicativos para el arreglo pacífico de las disputas entre los Estados americanos. El artículo sugiere que, si bien la OEA ha logrado crear sólidos marcos políticos para el arreglo pacífico de disputas regionales, no logró diseñar marcos adjudicativos igualmente exitosos. La revitalización de los marcos de la OEA para el arreglo pacífico de las controversias mejoraría la paz y la estabilidad regionales; pero también es necesario si la OEA desea seguir siendo la organización regional prominente en el hemisferio occidental.

Palabras clave

Solución pacífica de controversias / La Carta de la OEA / El Pacto de Bogotá / Competencia de la CIJ.

1. Introduction

Latin America is the second most peaceful region in the world (Melander et. al., 2016). This fact is astonishing given the abundance of territorial disputes in the Western Hemisphere. Only in the last couple of decades, such disputes have resulted in five instances of the use of force and two instances of force deployment. These incidents involved ten out of the nineteen States of Central and South America (Dominguez et. al., 2003).

One could attribute the success in maintaining regional peace in the Americas to the Organization of the American States (OAS). For years, the OAS has played an important role in preventing the escalation of existing conflicts, and in creating normative and political frameworks for the peaceful settlement of disputes (Herz, 2008). This article surveys the role



of the OAS in promoting mechanisms for the peaceful settlement of disputes in the Americas. It begins with a brief introduction of the normative framework for the peaceful settlement of disputes in international law. Then it analyzes the role of the OAS in creating political and legal frameworks for the pacific settlement of the disputes at the regional level. The article suggests that while the OAS had succeeded in creating strong political frameworks for the peaceful resolution of regional conflicts, it fell short of designing strong frameworks for the legal or adjudicative settlement of conflicts between American States. Revitalizing the OAS frameworks for the settlement of disputes is vital for the future maintenance of peace and security in the region; but it is also crucial if the OAS wishes to remain a relevant player. The emergence of myriad sub-regional initiatives could erode the power and relevance of the OAS even if they lack the same capacity to serve the regional peace. To maintain its own prominence in the region, the OAS must enhance its capabilities to do what it does best, and this includes its role in facilitating the pacific settlement of disputes in the Americas.

2. Peaceful settlement of disputes in international law

In international law a dispute is defined as “a disagreement on a point of law or fact” (Brownlie, 1995). Mechanisms for the peaceful settlement of disputes were always available at the international level; however, States had no legal obligation to resort to such mechanisms. Only with the adoption of the Charter of the United Nations (UN Charter), States became obliged to solve their disputes peacefully (Bosco, 1991). The principle of peaceful settlement of disputes is enshrined in Chapter VI of the UN Charter, which offers various mechanisms for resolving disputes peacefully. Article 33 of the UN Charter states:

1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

While States are under the obligation to settle their disputes peacefully, the UN Charter leaves them the freedom to choose the means for settling their disputes. Article 33 recognizes the role of regional organizations in promoting peaceful settlement of disputes. This role is further emphasized in Article 52 of the UN Charter, which states:

- a). Nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations.
- b). The Members of the United Nations entering into such arrangements or constituting such agencies shall make every effort to achieve pacific settlement of local disputes through such regional arrangements or by such regional agencies before referring them to the Security Council.
- c). The Security Council shall encourage the development of pacific settlement of local disputes through such regional arrangements or by such regional agencies either on the initiative of the states concerned or by reference from the Security Council.

The role of regional organizations in promoting peaceful settlement of disputes was reemphasized in subsequent UN Declaration addressing international peace and security and the peaceful settlement of disputes. This includes the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, and the Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (The Manila Declaration). The Manila Declaration gives priority to regional organization over the UN in settling regional disputes by stating in its Article 6 that “States parties to regional arrangements or agencies shall make every effort to achieve pacific settlement of their local disputes through such regional arrangements or agencies before referring them to the Security Council”.

The mechanisms set forth in UN Charter mirror the definition of disputes in international law as encompassing both factual and legal questions. Some mechanisms, such as negotiations and inquiry are more suitable for settling disputes on points of facts. These mechanisms are political, flexible and non-binding. Mechanisms such as arbitration and adjudication are more suitable for settling disputes on points of law. These mechanisms are legally binding and less flexible.

The methods enumerated in the UN Charter could be summarized as follows:

2.1. Negotiation.

Negotiations involve direct inter-State communications. According to Brownlie, negotiations are most suitable for “social engineering” that is needed for solving major problems, such as conservation of natural resources and protecting the environment (Brownlie, 1995, p. 6). Negotiations can coexist with other mechanisms for conflict resolution, such as adjudication. According to the International Court of Justice (ICJ), international law does not require States to exhaust negotiations processes before resorting to other means for resolving their dispute¹.

2.2. Mediation.

Mediation is a process of negotiation in which both parties of a dispute agree on inviting a mediator to intervene and to help them find a solution that they cannot find by themselves (Zartman & Touval, 1996). The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (The 1907 Hague Convention) defines the role of the mediator as “reconciling the opposing claims and appeasing the feelings of resentment which may have arisen between the States at variance” (Article 4). Today the role of the mediator is more complex. According to Crocker et. al, the job description of a mediator includes being “a catalyst for transformations, shepherd for holding the mediation mechanism itself together, and punching bag when efforts appear to go awry, as well as educator, inventor, stage director, mendicant, and visionary” (Crocker et. al, 2003, p. 161). Mediation is usually resorted to on an *ad hoc* basis; however, it may be based on the provisions of a treaty applicable between the contending parties (Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States, 1992).

Mediation can play an important preventative role by encouraging the contending parties to adopt a peaceful approach to their dispute (Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States, 1992). This preventative function is emphasized in Article 8 of the 1907 Hague Convention, according to which mediators should aim at preventing the rupture of pacific relations between contending States.

¹ See, for example, *Nicaragua v. United States* ICJ Reports (1984, pp. 382, 440). Case Concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria ICJ Reports (1998, p. 275, par. 56).

At the international level, mediation could take the form of “Good offices”. This happens when the third party is authorized to take an active part in the dispute settlement process, and not merely encouraging contending parties to resume negotiations (Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States, 1992). The exercise of good offices is best illustrated by the UN Secretary General, who uses his prestige and the weight of the world community he represents in mediating between parties to a conflict (Cançado Trindade, 2004). States also can exercise good offices.

2.3. Inquiry.

Inquiry is an impartial third-party procedure for fact-finding; it is particularly useful in settling disputes over factual claims. The role of an inquiry, as stipulated in Article 9 the 1907 Hague Convention, is to investigate and elucidate the disputed facts. The work of a fact-finding inquiry usually encompasses hearing of the parties, examining witnesses or conducting visits on the spot (Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States, 1992).

2.4. Conciliation.

Conciliation is a mechanism that combines both mediation and inquiry. This dual function is reflected in the 1949 Revised Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, according to which, the task of a conciliation committee is to

[E]lucidate the questions in dispute, to collect with that object all necessary information by means of enquiry or otherwise, and to endeavour to bring the parties to an agreement. It may, after the case has been examined, inform the parties of the terms of settlement which seem suitable to it, and lay down the period within which they are to make their decision (Art. 15.1).

2.5. Arbitration.

Arbitration is a mechanism that is used for settling legal disputes, especially regarding the interpretation or application of International Conventions². The 1899 Hague Conventions for the Pacific Settlement of International Disputes (The 1899 Hague Convention) and 1907 Hague Convention describe the object of international arbitration as “the settlement of differences between States by judges of their own choice, and on the basis of respect for law”³. Unlike political processes for the peaceful settlement of disputes, arbitration tribunals can render binding decisions, which are final and without appeal. Arbitration usually takes place on an *ad-hoc* basis, by mutual consent of the contending parties. This enables the parties to retain a considerable control over the process through the power to appoint arbitrators of their own choice. The contending States have to negotiate a special agreement to set up the Court of Arbitration. The agreement typically addresses the composition of the arbitration Court and its procedures. They also must appoint a registrar and so forth. In other words, the *ad-hoc* arbitration court is custom built to deal with a specific conflict and is discarded after its use (Brownlie, 1995).

Arbitration can also be constituted based on existing treaties that render arbitration compulsory. For example, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), sets forth in Part XV various rules for the peaceful resolution of disputes between State Parties, arising out of the interpretation or application of the treaty. Pursuant to Article

² See for example Article 16 of the 1889 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, and Article 38 of the 1907 Hague Convention.

³ See Article 15 of the 1899 Hague Convention, and Article 37 of the 1907 Hague Convention.

287(1) of UNCLOS, when signing, ratifying, or acceding to UNCLOS, a State may make a declaration choosing one or more of the methods for settling such disputes, including, *ad-hoc* arbitration in accordance with Annex VII of UNCLOS; or a “special arbitral tribunal” constituted for certain categories of disputes, established under Annex VIII of UNCLOS.

Although arbitration is more expensive than adjudication, Brownlie claims that it is attractive to States because it is conducted in private settings (Brownlie, 1995). However, the enforcement of arbitration awards could be more challenging than enforcing decisions of the ICJ. If a State party refuses to accept the arbitration award, forcing compliance is problematic in the absence of a nexus to an international organization that can interfere. Nevertheless, contending parties do not often renege on awards since the whole process was initiated and controlled by them (Brownlie).

2.6. Adjudication.

State parties to a legal dispute may seek a judicial settlement of their dispute by submitting it to a pre-constituted international court composed of independent judges tasked with adjudicating disputes based on international law. The decision of the court is binding upon the parties (Brownlie, 1995). International Courts have the advantage of being user-friendly. They have a standing Registry that can guide States that have never appeared in front of the Court before.

International courts are also more attractive compared to arbitration tribunals in terms of enforcing their decisions. In the case of the ICJ, which is one of the five principal organs of the UN, its decisions are binding on the parties to the case, and the judgment is final and without appeal. Article 94 of the UN Charter states that if a state fails to comply with the decision of the ICJ, the could “make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment”. However, the event of a dispute regarding the meaning or scope of the judgment, the Court can construe it upon the request of either parties (Articles 59 & 60 of the Statute of the International Court of Justice).

3. Regional mechanisms for peaceful settlement of disputes in the Americas

The OAS is the oldest regional organization in the world. Its history dates back to the first of International Conference of the American States, held in 1889. The first conference created the International Union of American Republics, constituting one the earliest efforts to design a regional organization (Karns *et. al.*, 2010). The OAS was created in the ninth conference of 1948. One of the main purposes of the OAS is “to ensure the pacific settlement of disputes that may arise among the Member States” (OAS Charter, Article 2).

The role of the OAS in promoting the peaceful settlement of disputes is twofold. First, the OAS was among the first regional organizations to incorporate Chapters VI and VIII of the UN Charter into regional instruments (Herz, 2008). The OAS also helped in shaping normative and structural frameworks for the regional settlement of disputes. Second, the OAS itself was an active player in settling regional disputes by resort to operational preventative measures in the face of immediate crisis. This includes the involvement of the OAS in negotiations and fact finding, and resort to coercion and inducement, which may entail the use of sanctions or the deployment of observers (Jeifets & Khadorich, 2015).

Article 24 of the OAS Charter stipulates that international disputes between American States must be submitted to the peaceful procedures set forth in the Charter. Those include “direct negotiation, good offices, mediation, investigation and conciliation, judicial settlement, arbitration, and those which the parties to the dispute may especially agree upon at any time”. Article 27 of the OAS Charter calls for the adoption of a special treaty for the

pacific settlement of disputes, to help American States settle their disputes within a reasonable time.

The OAS Charter creates an Organ of Consultations consisting of the Meetings of Foreign Ministers. The role of this organ is to consider problems of an urgent nature and of common interest to the American States (Article 61). The Organ of Consultation is the supreme decision body for dealing with urgent matters (Herz, 2008). Another organ of the OAS that is charged with keeping vigilance over the maintenance of friendly relations among the Member States is the Permanent Council of the Organization. According to Article 84 of the Charter, among the tasks of the Permanent Council is helping States in reaching a peaceful settlement of their disputes. If a dispute erupts between two States, any of them can seek assistance from the Permanent Council and obtain its good offices. The role of Permanent Council is to recommend the procedures it considers suitable for the peaceful settlement of the dispute (Article 85). In exercising its functions, and with the consent of the parties to the dispute, the Permanent Council may establish *ad-hoc* committees (Article 86), and it can also conduct an inquiry into the facts of the dispute, and conduct onsite visits in the territory of one of the parties (Article 87). In performing its functions, the Permanent Council and any established *ad-hoc* committee must observe principles of international law and any existing treaties in force between the contending parties (Article 90). If the mechanism recommended by the Permanent Council or by the *ad-hoc* committee is rejected by one of the parties, or if one of the parties declares that the procedure has not settled the dispute, the Permanent Council must report to the General Assembly (Article 88). Decisions of the Permanent Council require an affirmative vote of two thirds of its Members, excluding the parties to the dispute (Article 89).

In 1947, American States adopted the Inter-American Treaty for Reciprocal Assistance known as the Rio Treaty, which played a role in the pacific settlement of disputes. According to Article 2 of the Rio Treaty, States must resort to methods of peaceful settlement for settling their disputes; they also must endeavor to settle their disputes through resort to procedures provided by the Inter-American System before seeking the assistance of the United Nations. The Rio Treaty establishes a consultative mechanism that consists of the Meetings of Ministers of Foreign Affairs of the American Republics which have ratified the Treaty (Article 11). This is the same consultation organ created by the OAS to deal with regional problems of an urgent nature. Article 6 of the Rio Treaty states that in cases of aggression not amounting to an armed attack, which violate the territorial integrity or the sovereignty or political independence of any American State, the Organ of Consultation must meet immediately to discuss measures to be taken to assist the victim State. Those measures could include one or more of the following: recall of chiefs of diplomatic missions; breaking of diplomatic relations; breaking of consular relations; partial or complete interruption of economic relations or of rail, sea, air, postal, telegraphic, telephonic, and radiotelephonic or radiotelegraphic communications; and use of armed force (Article 8).

The Rio Treaty was invoked numerous times in the 1950s and 1960s. September 11, 2001 marked the last time the treaty was invoked (Jeifets & Khadorich, 2015). However, the Malvinas/Falkland war of 1982 signified the death of the treaty due to the US support of the United Kingdom (Sennes *et. al.*, 2006). The role of the Rio Treaty is unclear today, especially with the withdrawal of Mexico (in 2002), Nicaragua (in 2012), Bolivia (in 2012), Venezuela (in 2013), and Ecuador (in 2014) (Jeifets & Khadorich, 2015). The emergence of sub-regional security initiatives such as the creation of a regional security council by the Union of South American Nations (UNASUR) also makes the treaty less relevant.

The OAS Charter and the Rio Treaty have worked in conjunction. When a security threat is detected, both treaties could be invoked. However, selecting the appropriate framework

depends usually on the desired political outcomes, taking into account that the Rio Treaty contains stricter set of sanctions (Herz, 2008).

In April 1948, the American Treaty on Pacific Settlement, known as the Pact of Bogota, was signed. The Pact reaffirmed the commitment of American States to the principle of peaceful settlement of disputes. While the pact introduces the same mechanisms adopted in the UN Charter and the Charter of the OAS, it sets forth the certain conditions for choosing mechanisms to settle a given dispute.

Finally, to enhance its operational capacities in the field of peaceful settlement of disputes, in 2000 the OAS established *The Fund for Peace: Peaceful Settlement of Territorial Disputes* (OAS, Resolution 1756 (XXX-O / 00)). The establishment of the fund was a response to the prevalence of territorial disputes in the Western Hemisphere. The fund provides member States with financial resources upon their request to help them bear the costs of the proceedings for the peaceful settlement of territorial disputes (Talamas, 2011). The fund endeavors to enhance the General Secretariat's knowledge and experience in the field of territorial disputes settlement (Talamas, 2011). State Parties can also make use of the technical expertise of the OAS in territorial dispute resolution, including: expertise in diplomacy; international law; geographic, cartographic and geospatial expertise, through the membership of the Pan-American Institute of History and Geography; and other range of technical experts with whom the OAS General Secretariat maintains relationships (OAS, "The OAS Peace Fund").

Indeed, the OAS was successful in reducing regional tensions and preventing conflicts from escalating. Among the successful interventions of the OAS are: The 1957 intervention in the territorial dispute between Honduras and Nicaragua regarding the Mosquito Coast (Massachusetts Institute of Technology); intervening in the invasion of Panama by a small Cuban force in 1959 (Hertz); intervening in the coup, counter-coup and US intervention in the Dominican Republic in 1965 (Hertz); the intervention in the "Soccer war" between El Salvador and Honduras in 1969 (Hertz); the 1990 intervention in the maritime boundary dispute between Honduras and Nicaragua (OAS. Honduras and Nicaragua); the involvement in demarcating the border between Honduras and El Salvador, following a 1992 ICJ decision on the matter (OAS. El Salvador and Honduras); the involvement of the OAS, starting from 2000, in resolving the territorial conflict between Belize and Guatemala (OAS. Belize and Guatemala); and the 2010 involvement of the OAS in the settlement of the territorial dispute between Costa Rica and Nicaragua over Calero Island in San Juan River (OAS. Costa Rica and Nicaragua).

4. A critical appraisal of the legal framework established by the OAS

4.1. Acritical appraisal of the Pact of Bogota:

With the adoption of the Pact of Bogota, it was hoped that the pact would coordinate into one instrument the multiple regional treaties on the pacific settlement of disputes (Fenwick, 1954). However, this goal was not achieved. According to Cañado Trindade, the abundance of regional instruments for the peaceful settlement deutes raises certain practical difficulties (Cañado Trindade, 2000). He points out that resort to arbitration was common in the practice of Latin American States even before the adoption of the Pact of Bogota. In addition, mechanisms for regional multilateral consultation for resolving disputes that threaten peace and security were adopted as early as 1936 in Inter-American Conference of Buenos Aires. The latter conference resulted in the adoption of the Convention on the Maintenance, Preservation and Reestablishment of Peace. Two years later, the Declaration of Lima was adopted. The Declaration calls upon American States to show common concern and solidarity

by means of the procedure of consultation, established by the inter-American frameworks, if the peace, security or territorial integrity of any American republic is threatened (Provision 3). The adoption of the Pact of Bogota contributed at the conceptual level; however, it did not solve all the practical issues arising from the existence of multiple regional instruments for conflict prevention (Cançado Trindade, 2000). Article LVIII of the Pact of Bogota nullified the legal effect of the following treaties for states who ratify the pact: Treaty to Avoid or Prevent Conflicts between the American States (May 3, 1923); General Convention of Inter-American Conciliation (January 5, 1929); General Treaty of Inter-American Arbitration and Additional Protocol of Progressive Arbitration (January 5, 1929); Additional Protocol to the General Convention of Inter-American Conciliation (December 26, 1933); Anti-War Treaty of Non-Aggression and Conciliation (October 10, 1933); Convention to Coordinate, Extend and Assure the Fulfillment of the Existing Treaties between the American States (December 23, 1936); Inter-American Treaty on Good Offices and Mediation (December 23, 1936); Treaty on the Prevention of Controversies (December 23, 1936). As a result, some States were bound by the Pact of Bogota and older treaties which were not directly nullified by it. States that did not ratify the Pact remain bound by older treaties to which they are parties. Some States were not bound by any treaty. This created a confusing regional framework for the settlement of disputes (Cançado Trindade, 2000).

On the normative level, the Pact of Bogota introduced some pragmatic innovations such as setting a time framework for the operation of certain methods for the settlement of disputes. For example, if the contending States have agreed on mediation, but the process did not yield a solution within five months, the parties have a duty to seek other methods for the peaceful settlement of their dispute (Article XIII). In addition, the Pact of Bogota creates an institutional role of the OAS in facilitating the peaceful settlement of disputes. For example, Article XVI states:

The party initiating the procedure of investigation and conciliation shall request the Council of the Organization of American States to convoke the Commission of Investigation and Conciliation [...]. Once the request to convoke the Commission has been received, the controversy between the parties shall immediately be suspended, and the parties shall refrain from any act that might make conciliation more difficult. To that end, at the request of one of the parties, the Council of the Organization of American States may, pending the convocation of the Commission, make appropriate recommendations to the parties.

In some respects, the Pact of Bogota is more rigid than the Charter of the OAS. For example, Article II of the Pact of Bogota requires the consent of all contending parties regarding the failure of direct negotiations in rendering a solution for their disputes before resort to other mechanism becomes obligatory. In comparison, Article 26 of the OAS Charter requires the opinion of one of the contending parties only before the duty to seek other mechanism for the settlement of the dispute arises.

The Pact of Bogota is considered impractical for two reasons: First, it establishes a complex relationship between the different mechanisms for the peaceful settlement of disputes. For example, Article IV states that once any pacific procedure has been initiated, no other procedure may be commenced until that procedure is concluded. This blocks the possibility of adjudication or arbitration, if political processes for the settlement of a dispute are still in place. And second, the attempt of signatory States to limit the scope of its application by entering multiple reservations, which only makes it less practical. For example, Article V states that the Pact of Bogota does not apply to matters “which, by their nature, are within the domestic

jurisdiction of the state. If the parties are not in agreement as to whether the controversy concerns a matter of domestic jurisdiction, this preliminary question shall be submitted to decision by the International Court of Justice, at the request of any of the parties". This provision was met with reservation by Argentina and Peru, claiming that domestic jurisdiction should be defined by the state itself (Fenwick, 1954).

According to Article VI, the Pact of Bogota does not apply to matters already settled by previous arrangements between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court. The Pact does not apply also to matters that are governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the Pact. According to Infante, this Article was introduced following an initiative by Peru. The aim of the provision was to prevent the re-opening of settled disputes. At the same time, the formulation of the Article, especially the phrase "those that are governed by agreements or treaties in force", indicate that difficulties arising within the context of processes, that were already initiated or concluded, should be addressed by the same frameworks that established them (Infante, 2016). When the Inter-American System was re-evaluated in the 1970s it was acknowledged that Article VI reflects the principles of *pacta sunt servanda* and *res judicata*. However, Ecuador sought to qualify the rule with exemptions referring to the validity or *de facto* unenforceability of a treaty; the interpretation or revision of an award; or the interpretation of a decision. The suggested amendments were rejected (Infante, 2016).

The most complicated provisions of the Pact remain those concerning arbitration and adjudication. According to Article XXXI, member States recognize, in relation to any other American State, the jurisdiction of the ICJ as compulsory *ipso facto*, without the necessity of any special agreement so long as the present pact is in force, in all disputes of a juridical nature. Those include: The interpretation of a treaty; any question of international law; the existence of any fact which, if established, would constitute the breach of an international obligation; and the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation. This Article is a contractual expression of Article 36(2) of the Statute of the International Criminal Court, according to which the "states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation". The ICJ ruled that Article XXXI of the Pact of Bogota embodies an autonomous commitment of States parties; this commitment is independent of any other commitments which the States undertook by depositing with the United Nations Secretary-General a declaration of acceptance of compulsory jurisdiction under Article 36, paragraphs 2 and 4, of the Statute. The commitment embodied in Article XXXI can be limited only by reservations to the Pact itself. Furthermore, the ICJ rejected the position that Article XXXI must be supplemented by a declaration, the absence of which bars the Court from exercising its jurisdiction (The Transborder Armed Action Case, 1986).

While Latin American States contributed greatly to the adoption of Chapter XIV of the UN Charter establishing the ICJ, none of the treaties annulled by the Pact of Bogota contained a similar provision on the mandatory adjudication in front of a world court (Infante, 2016). It is not surprising then that Article XXXI was met with unease. For example, Argentina entered a reservation limiting the application of the provision only to controversies "arising in the future and not originating in or having any relation to causes, situations or facts existing before the signing of this instrument" (The Pact of Bogota: Signatories and Ratifications). The United States also entered a reservation according to which, its acceptance of the jurisdiction of the ICJ as compulsory *ipso facto* and without special agreement, is limited by any jurisdictional or other limitations contained in any Declaration deposited by the United States under Article 36, paragraph 4, of the Statute of the Court (The Pact of Bogota: Signatories and Ratifications).

The relationship between Article XXXI and other mechanisms covered by the pact of Bogota had raised several jurisdictional questions. In case of *The Transborder Armed Action*, the ICJ had to address the relationship between its own competence and Articles II and IV of the Pact of Bogota. Article II states:

[I]n the event that a controversy arises between two or more signatory states which, in the opinion of the parties, cannot be settled by direct negotiations through the usual diplomatic channels, the parties bind themselves to use the procedures established in the present Treaty". Article IV states "Once any pacific procedure has been initiated, whether by agreement between the parties or in fulfillment of the present Treaty or a previous pact, no other procedure may be commenced until that procedure is concluded.

In this case, Honduras claimed that a special procedure known as the *Contadora* process⁴ was in place, therefore, Nicaragua was barred from submitting the dispute to the ICJ before the conclusion of the process. The ICJ ruled that the *Contadora* process could not be regarded as direct negotiations through the usual diplomatic channels, within the meaning of Article II of the Pact of Bogota. As for Article IV, the ICJ ruled that:

No formal act is necessary before a pacific procedure can be said to be "concluded". The procedure in question does not have to have failed definitively before a new procedure can be commenced. It is sufficient if [...] the initial procedure has come to a standstill in such circumstances that there appears to be no prospect of its being continued or resumed (para. 80).

The relationship between the compulsory jurisdiction of the ICJ and conciliation had also raised jurisdictional issues. Article XXXII of the Pact States:

When the conciliation procedure previously established [...] does not lead to a solution, and the said parties have not agreed upon an arbitral procedure, either of them shall be entitled to have recourse to the International Court of Justice in the manner prescribed in Article 40 of the Statute thereof. The Court shall have compulsory jurisdiction in accordance with Article 36, paragraph 1, of the said Statute.

The ICJ had to address the question whether its own jurisdiction was subordinate to the failure of the conciliation procedure. Eventually the ICJ ruled that Articles XXXI and XXXII provide two distinct ways by which the Court can exercise jurisdiction. The first relates to cases in which the Court can be approached directly; the second relates to cases in which the parties initially resort to conciliation (*The Transborder Armed Action Case*, 1986).

Likewise, the provisions on arbitration were met with unease by some States. According to Article XXXV of the Pact, if the ICJ declares itself to be without jurisdiction to adjudge a controversy between two members States for reasons other than those contained in Articles V, VI and VII of the Pact⁵, the parties to the dispute must submit their controversy to arbitration. As a matter of fact, the United States entered a reservation according to which the submission of a controversy to arbitration must be dependent upon the conclusion of

⁴The group of Contadora was established in the early 1980s by the foreign ministers of Colombia, Mexico, Panama and Venezuela to deal with the Central American crisis mainly concerning the military conflicts in El Salvador, Nicaragua and Guatemala, which were threatening to destabilize the entire Central American region.

⁵ Those articles refer to respectively to matters within the domestic jurisdiction of the State; matters already settled between the parties; or matters concerning diplomatic representations by the State in order to protect its nationals, supra-note 90.

a special agreement between the parties to the case while Argentina entered a reservation limiting the application of the Articles on arbitration only to future cases. Other States did similar actions, for instance, Nicaragua entered a reservation according to which the pact and its provisions may not prejudice any position assumed by the Government of Nicaragua against the validity of arbitral decisions based on principles of international law, which permit arbitral awards to be annulled or invalidated (The Pact of Bogota: Signatories and Ratifications).

One other weakness of the Bogota Pact is the low number of ratification. Although it was signed by 21 States, only 16 States had in fact ratified it (Jeifets & Khadorich, 2015). In sum, there are different factors that make the Pact of Bogota impractical. First, the low number of ratification makes the pact less effective. Second, the existence of multiple regional treaties for the pacific settlement of disputes make the entire regime for the peaceful settlement of dispute complicated. Third, the complex relationship between the various mechanisms set forth in the pact make it less attractive. Finally, the various reservations on the pact also erode its effectiveness. In a study conducted by the General Secretariat of the OAS in 1985, it was emphasized that the Pact of Bogota did not have the impact that was hoped for when it was drafted. This could be attributed to the multiple reservations entered by member States, especially those relating to the compulsory arbitration mechanism and recourse to the ICJ. Furthermore, the study emphasized that some of the reservations are extreme to the point that they nullify the most important provisions of the pact (OEA/Ser.G cp/doc.1560/85, Part II). There were various attempts to amend or to draft a new instrument to replace the Pact of Bogota, however, these attempts were unsuccessful⁶.

4.2. The unavailability of a regional court for the pacific settlement of disputes

In addition to the complexities of the Pact of Bogota, the absence of an inter-American court of justice could also weaken the inter-American regime for the pacific settlement of disputes. There remain two voices within the Western Hemisphere in relation to establishing a regional court, as evidenced in the 70th and 71st regular sessions on the Inter-American Juridical Committee in 2007. Some scholars emphasized that judges sitting in The Hague are not well versed in certain principles accepted in Latin America, therefore, creating a regional court of justice is needed. Others believed that establishing a regional court with a jurisdiction no broader than the jurisdiction of the ICJ is not needed. Others believed that a world court is preferable because it could examine matters with greater distance and impartiality⁷.

However, it seems that Latin American States are willing to utilize other regional judicial or *quasi*-judicial frameworks provided by the OAS for the pacific settlement of disputes. For example, when inter-states controversies involve the violation of inter-American human rights instruments, inter-American human rights institutions can play a role in the pacific the settlement of such disputes. Article 45 of the American Convention on Human Rights allows inter-state communications in relation to human rights violations by a member State. In one occasion, Ecuador logged a complaint against Colombia in the Inter-Commission on Human Rights (Inter-American Commission) for the 2008 bombardment of a camp belonging to the “Revolutionary Armed Forces of Colombia” in Lago Agrio in Ecuador, as part of a military action called “Operation Phoenix” (IAComHR, 2013). Ecuador claimed, *inter-alia*, that Colombia had violated the right to life, the right to a fair trial and the right to judicial protection, guaranteed

⁶ For a survey of those attempts see Permanent Council of the Organization of American States. Committee on Hemispheric Security. Peaceful Settlement of Disputes in the Organization of American States, OEA/Ser.G CP/CSH-278/00, 13 March, 2000.

⁷ See for example, CJI / RES.121 (LXX-O / 07), CJI / RES.134 (LXXI-O / 07), CJI / doc.283 / 07, CJI / doc.272 / 07.

by the American Convention on Human Rights, in relation to an Ecuadorian citizen, who was killed during the operation. In 2013, both parties reached a friendly settlement of their disputes under the auspices of the Inter-American Commission (IACoMHR, 2013). While the Inter-American Commission has jurisdiction over all member States of the OAS, the Inter-American Court of Human Rights can exercise jurisdiction over States that specifically accepted its jurisdiction (Pasqualucci, 2010). However, both institutions remain of a limited relevance in settling inter-State disputes because their competence is limited to disputes associated with the violation of individual human rights guaranteed by inter-American human rights instruments. It is worth noticing that some regional initiatives contemplated the establishment of a regional court to settle inter-state disputes. For example, the Andean Community established The Court of Justice of the Andean Community known as TCJA. The TCJA adjudicates disputes between member States that arise under Community law (International Justice Resource Center). While the TCJA cannot fill the void of a Pan-American court of justice due to its limited subject-matter jurisdiction and membership, its existence indicates that a regional court of justice could appeal to members States of the OAS.

4.3. Emergence of sub-regional initiatives in the Americas

Giving the above-mentioned complexities, many Latin American states looked for *ad-hoc* solutions outside the institutional mechanisms of the OAS. This was evidenced in the establishment of the group of *Contadora* in the early 1980s by the foreign ministers of Colombia, Mexico, Panama and Venezuela to deal with the Central American crisis concerning the military conflicts in El Salvador, and Nicaragua and Guatemala (Cañado Trindade, 2000). More recently, the emergence of new regional and sub-regional institutions, such as the Bolivarian Alliance for the Peoples of Our America (ALBA), the Union of South American Nations (UNASUR) and the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC), casts some doubts on the relevance of the OAS today. In fact, UNASUR played the leading role in mediating institutional crises in Bolivia in 2008, in Honduras in 2009, in Ecuador in 2010 in Venezuela in 2014 (Riggirozzi et. al., 2015).

If the OAS wishes to reassert its position as the hub forum for Western Hemisphere, it must use its own history as leverage for revitalizing its own role. The OAS must build upon the most acclaimed aspects of its legacy. Typically, this include the Inter-American human rights system, which conferred prestige on the organization (Dulitzky, 2012). But no less important is role of the OAS in settling inter-State disputes successfully. The OAS was more successful than other regional organizations and even the UN in dealing with the outbreak conflicts (Jeifets & Khadorich, 2015). Therefore, the permanence of the OAS requires enhancing what it does best. The OAS must revitalize its normative and structural framework for the pacific settlement of disputes. Sanchez and Morisson claim that the OAS needs to “increase its problem-solving capacity if it is going to maintain its status among so many economic and political regional bodies” (Sanchez & Morrison, 2014). For at least two reasons, this task is challenging. First, the declining US interest in the organization, and its disinclination to subject itself to *supra-national* jurisdictions constitute a serious obstacle. Second, some states might be interested in enhancing sub-regional initiatives free from US influence, to enhance their own leading role in the region. But no matter how challenging this task might seem, it is one that is worth embarking on for the OAS to remain relevant.

5. Conclusions

The OAS has played a leading role in the creation of political and normative frameworks for

promoting the peaceful settlement of disputes in the Western Hemisphere. Through resort to operational preventative measures, and by providing a deliberative platform to discuss inter-State tensions, the OAS itself has become an active player in facilitating the pacific settlement of disputes. Domínguez et. al. claim that regional institutions and procedures in the Americas fostered and consolidated interstate peace, and provided effective international mediation when interstate war broke out. Moreover, the sense of a shared identity, fostered by the OAS, had a positive impact on interstate peace. However, Domínguez et. al. claim that certain procedures, the formal “freeze” of disputes for many years, and some international arbitral practices, “helped old disputes linger” (p. 27).

This paradoxical reality is the product of the gap that exist within the OAS: On the one hand, the OAS had succeeded in creating strong political frameworks for the settlements of disputes. On the other hand, it fell short of creating strong adversarial or adjudicative mechanisms, which would accelerate the elimination of lingering disputes. Revitalizing the Pact of Bogota and enhancing legal mechanisms for the pacific settlement of disputes is necessary not only for enhancing regional peace and stability, but also for OAS to remain *the* prominent regional organization in the Western Hemisphere. While new regional initiatives lack the potential, experience, and capacities of the OAS in maintaining regional peace and security, they have managed to erode its power and relevance. This could have negative implications for regional peace and security, and it must be counter-balanced by revitalizing the OAS capacities and frameworks in the area of peace and security, and the pacific settlement of disputes.

Bibliographical references

- Bosco, G. (1991). New Trends on Peaceful Settlement of Disputes Between States. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 16 (2), 235-254.
- Brownlie, I. (1995). The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice. *Pace International Law Review*, 7 (2), 257-279.
- C. G. Fenwick (1954). The Revision of the Pact of Bogota, *The American Journal of International Law*, 1 (48), 123-126.
- Cançado Trindade, A. (2004). *Peaceful Settlement of International Disputes: Current State and Perspectives*. This study was presented by the author in the form of four lectures delivered at the XXXI Course of International Law Organized by the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS), in Rio de Janeiro, Brazil, on August 2004.
- (2000). Regional Arrangements and Conflict Resolution in Latin America. *Conflict Resolution: New Approaches and Methods* UNESCO Publishing.
- Crocker, A. et. al. (2003). Ready for Prime Time: The When, Who and Why of International Mediation. *Negotiation Journal*, 16 (2), 151-167.
- Domínguez, J. et. al. (2003). *Boundary Disputes in Latin America*. Peaceworks No. 50: United States Institute of Peace.
- Dulitzky, A. E. (2012). Twenty Reflections on the Process of Reflection, *Aportes: Magazine of the Due Process of Law Foundation*, 5 (16), 11.
- Herz, M. (2008). Does the Organisation of American States Matter? *Crisis States Working Papers Series* No.2. <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.453.3867&rep=rep1&type=pdf>>.
- Infante, M. (2016). *The Pact of Bogota: Cases and Practice*. ACIDI, Bogotá, 10 (1), 85-116.

Doi: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5294

- Jeifets, V. and L. Khadorich (2015). OAS and Interstate Dispute Resolution at the Beginning of the 21st Century: General Pattern and Peculiarities. *International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering*, 9 (1148-1155).
- Karns, M. et. al. (2004). *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- Melander, E. et. al. (2016). Organized violence, 1989-2015. *Journal of Peace Research* 53, (5) 727-742.
- Pasqualucci, J. (2010). The Americas. *International Human Rights Law*. Moeckli, D. et. al. (eds.). Oxford: Oxford University Press.
- Riggirozzi, P., Cooper, A. F., Páez Montalbán, R., Byron, J., and Stuenkel, O. (2015). Re-thinking the OAS; a forum. *Americas Quarterly*.
- Sanchez, W. A., and Morrison, K. (2014). The Future of the Organization of American States. *E-International Relations, on August 28, 2014*. Last visited November, 9. <<http://www.e-ir.info/2014/08/28/the-future-of-the-organization-of-american-states/>>.
- Sennes, R. et. al. (2006). The Brazilian foreign policy and the hemispheric security. *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, 1 (3-4), 3-26.
- Talamas, M. (2011). *Peaceful Settlement of Territorial Disputes*, Américas: 50-3. Last visited June, 13. <<http://www.oas.org/sap/peacefund/belizeandguatemala/peacesettlement.pdf>>.
- Zartman, W & Touval, S. (1996). International Mediation in the Post-Cold War Era, *Managing Global Chaos*, eds. Chester Crocker, Fen Hampson and Pamela Aall. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1996.

Sentences

- Case Concerning Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Costa Rica) ICJ Reports 1986. Discontinued in 1987.
- Case Concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Preliminary Objections). Judgment of 11 June 1998.
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) (Jurisdiction and Admissibility)*. Judgment of 26 November 1984.
- IAComHR (2013). 'Report No.96/13'. Decision to archive. Inter-state case 12.779.

International Treaties and Declarations

- Inter-American Conference for the Maintenance for Peace (1936). *Convention on the Maintenance, Preservation and Reestablishment of Peace*. Signed on December 23, 1936.
- Eighth International Conference of the American States (1938). *Inter-American Solidarity (Declaration of Lima)*. Adopted on December 24, 1938.
- Organization of American States (1947). Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty). Concluded on September 2, 1947.
- (1948). American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota). Concluded on April 30, 1948.
- (1948 b). *Charter of the Organization of American States*. Concluded on 30 April 1948. Entered into force on January 29, 1996.
- (1969). *American Convention on Human Rights*. Adopted on November 22, 1969.

- Hague (1869). *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*. Concluded on July 29, 1899.
- (1907). *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*. Concluded on October 18, 1907.
- League of Nations (1919). *The Covenant of the League of Nations*. Adopted on 28 April 1919. Amended on December 1924.
- United Nations (1945). *Charter of the United Nations*. Signed on 26 June 1945, and came into force on 24 October 1945.
- (1946). *The Statute of the International Court of Justice*. Concluded on 18 April 1946.
- (1970). *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Adopted on 24 October 1970.
- (1982). *Manila Declaration on Peaceful settlement of disputes between States*. Adopted on 15 November 1982.
- (1982). *United Nations Convention on the Law of the Sea*. Concluded on 10 December 1982. Entered into force on 16 November 1994.

Documents and reports of International Organizations

- Organization of the American States (1985). *A Study Prepared by the General Secretariat of the Organizations of American States in Compliance with Resolution AG/RES. 745 (XIV-0/84)*. Part II. OEA/Ser.G cp/doc.1560/85 (Part II). 9 April 1985.
- (1985 b). *Peaceful Settlement of Disputes in the Organization of American States*. Committee on Hemispheric Security. OEA/Ser.G CP/CSH-278/00. 13 March 2000.
- Organization of the American States (2000). *Fund for Peace: Peaceful Settlement of International Disputes*. Resolution 1756 (XXX-O / 00), adopted on June 6, 2000.
- (2007). Inter-American Court of Justice (IACJ) (presented by Dr. Eduardo Vio Grossi). Inter-American Juridical Committee. CJI/doc. 267/07.
- (2007 b). Inter-American Court of Justice (IACJ). Inter-American Juridical Committee. CJI/RES.134 (LXXI-O/07).
- (2007 c). Inter-American Court of Justice (IACJ): some comments on the challenges of the Inter-American Juridical Committee on occasion of its centenary (presented by Dr. Eduardo Vio Grossi). Inter-American Juridical Committee. CJI/doc. 241/07
- (2007 d). *Reasoned vote: Inter-American Court of Justice* (presented by Dr. Eduardo Vio Grossi). Inter-American Juridical Committee. CJI/doc.283/07.
- (2007 e). Some comments on the challenges of the InterAmerican Juridical Committee on occasion of its centenary. Inter-American Juridical Committee. CJI/RES.121 (LXX-O/07).
- United Nations (1948). *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes*, United Nations publication, 4 (49), 1928-1948.
- (1966). *A Survey of Treaty Provisions for the Settlement of International Disputes*, United Nations publication, 5 (66), 1949-1962.
- (1992). *Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States*. Office of Legal Affairs, Codification Division.

Websites

- International Justice Resource Center. Court of Justice of the Andean Community. Last visited November, 9.
<http://www.ijrcenter.org/regional-communities/court-of-justice-of-the-andean-community/>
- Massachusetts Institute of Technology. Cascon Case NIH: Nicaragua-Honduras 1957-60. Last visited November, 9. <http://web.mit.edu/cascon/cases/case_nih.html>.
- Organization of American States. *Belize and Guatemala*. Last visited November, <<http://www.oas.org/sap/peacefund/belizeandguatemala/>>.
- *Costa Rica and Nicaragua*. Last visited November, 9. <<http://www.oas.org/sap/peacefund/CostaRicaNicaragua/>>.
- *El Salvador and Honduras*. Last visited November, 9. <<http://www.oas.org/sap/peacefund/hondurasandelsalvador/>>.
- *Honduras and Nicaragua*. Last visited November, 9. <<http://www.oas.org/sap/peacefund/hondurasandnicaragua/>>.
- *The OAS Peace Fund*. Last visited June, 13. <<http://www.oas.org/sap/peacefund/peacefund/>>.
- *The Pact of Bogota: Signatories and Ratifications*. Last visited June, 13. <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html>>.

Mediators orientations: An analysis of mediation in Quito¹

La orientación de mediadores: un análisis de la mediación en Quito

XIMENA BUSTAMANTE
PACTUM Dispute Resolution Consulting

MARÍA BERNARDA CARPIO FRIXONE
Pérez Bustamante & Ponce

ISABELA MORENO BURNS
LEXVALOR Abogados

MARÍA GRACIA NARANJO PONCE
Universidad San Francisco de Quito

Summary

This paper exposes the characteristics of the facilitative and evaluative mediation styles; and the vision that the mediator can adopt on the problem submitted to mediation: broad and narrow. Thus, it examines the four possible orientations that the mediator can follow: facilitative with a narrow vision of the problem; facilitative with a broad vision of the problem; evaluative with a narrow vision of the problem; and evaluative with a broad vision of the problem. Later, this research identifies the style of mediation and the definition of the problem with greater use in the city of Quito, as well as the ones preferred by the lawyers who attend mediations. To this end, surveys were carried out to both mediators and lawyers from the city of Quito in order to determine the style and vision of the problem to which they are oriented and to identify the current situation of mediation in Quito.

Keywords

Mediation styles / Problem Definition / Broad Problem Definition / Narrow Problem Definition / Evaluative Style / Facilitative Style.

Resumen

El presente trabajo expone las características de los estilos de mediación facilitativo y evaluativo; y de la visión que el mediador puede adoptar sobre el problema sometido a mediación: amplia y estrecha. Por lo tanto, examina las cuatro posibles orientaciones que puede tomar el mediador: facilitativo con una visión estrecha del problema; facilitativo con una visión amplia del problema; evaluativo con una visión estrecha del problema; y evaluativo con una visión amplia del problema. Posteriormente, se identifica el estilo de mediación y cuál es el problema más suscitado en la ciudad de Quito, así como aquellos preferidos por los abogados que asisten a meditaciones. Para ello, se realizaron encuestas tanto a mediadores como a abogados de Quito a fin de determinar el estilo y la definición del problema por la cual ellos se orientan e identificar la situación actual de la mediación en Quito.

¹ The authors thank the San Francisco de Quito University Law School, because in the framework of its academic programs it promoted the development of this research. The Spanish version of this article was originally published in the Ecuadorian Journal of Arbitration (Revista Ecuatoriana de Arbitraje), No. 8.



Palabras clave

Estilos de mediación / Definición del problema / Definición amplia del problema / Definición estrecha del problema / Estilo evaluativo / Estilo facilitativo.

1. An approach to mediation

Alternative dispute resolution methods are those that resolve controversies without the need to go to court. Typical methods include: neutral assessment, negotiation, conciliation, mediation and arbitration (Legal Information Institute, 2007). These are based on mutual understanding and cooperation principles, in order to settle a conflict in a peaceful way (Gonzalo, 2011, p. 32).

The term “mediation” can have different meanings depending on the context in which it is used or depending on whether its emphasis relies on the procedure or on the outcome (McGuinness, 2010, p.19). However, in an effort to shape what mediation concentrates, it has been defined as “[...] a non-adversarial procedure, where a neutral third party—the mediator—conducts a negotiation process, assisting the parties to arrive to an agreement”² (Gozaíni, 2001, p.99). Mediation is seen as an informal alternative process to litigation, where professionals in negotiation help the parties jointly reach an agreement (Legal Information Institute, 2007).

Mediation has as its essential characteristic the willingness and consent of the parties to participate in it. In addition, mediators act as neutral third parties who construct a framework of cooperation between the parties, so that they can reach their own agreement (Gozaíni, 2001, p. 99). “Mediation seeks to incorporate the so-called co-existential justice, where the acting body ‘accompanies’ the parties on their conflict, guiding them with their advice in the rational search for answers that overcome the crisis” (Gozaíni, 2009). Likewise, mediation is conceived as a confidential space, giving the parties the opportunity to speak freely and make proposals for resolution in confidence that this will not affect any subsequent judicial process.

What mediation finally seeks is that the parties reach an agreement (2009, p.100), whether it is appropriate to the normative solution, or not necessarily, as it is explained later on this article.

[M]ediation starts from a different principle. It is not a matter of reconciling opposite interests that look at the same situation (contractual or *de facto*); but to find a peaceful response, a flexible alternative that does not have the precise framework of the analyzed perspective, being able to obtain absolutely different results from the typical picture that qualifies the pretension and its resistance (Gozaíni, 1995, p.15).

2. Recognition of mediation in the Ecuadorian regulatory framework

Mediation has been recognized in the Ecuadorian legal framework since the enactment of the Law of Arbitration and Mediation. This specialized law abolished the Commercial Arbitration Act (which was promulgated on October 28, 1963). Thus, it went from a law that only regulated arbitration to one that regulates both mechanisms (Poveda, 2006, p. 10).

The 1998 Constitution followed the trend of recognition of mediation in the country. Therefore, in its article 91, it was prescribed that “[i]t will recognize arbitration, mediation and other alternative procedures for the resolution of conflicts, subject to the law”. Likewise, the current Constitution (2008) reaffirmed this recognition by expressing in its article 190 that “[i]t acknowledges arbitration, mediation and other alternative procedures for the resolution of conflicts”.

² All the quotes originally in Spanish have been translated by the authors.

On the other hand, the Organic Code of the Judicial Function, promulgated in 2009, establishes in its article 17 that:

[...] [a]rbitration, mediation and other alternative conflict resolution methods established by law, constitute a form of this public service [of administration of justice], as well as the justice functions exercised by indigenous peoples in their authorities.

Thus, since the promulgation of the Law of Arbitration and Mediation, mediation has had a greater normative recognition, even of constitutional rank.

Given this, the Strategic Plan of the Judicial Function has established as one of its objectives to promote optimal access to justice. Consequently, it has determined that within the strategies to reach this goal is indispensable to

2.6 Establish mediation centers and national courts of justice at the national level by fostering a culture of peace and dialogue to resolve conflicts; 2.7 Strengthen the mechanism of referral within the courts to alternative instances of conflict resolution; [...] 2.8 Promote the use of judicial conciliation (Consejo de la Judicatura, 2013, p. 41).

In this way, the priority given to mediation in Ecuador as an adequate method for the settlement of disputes, and especially as a way to achieve optimal access to justice, is verified. Establishing the need to strengthen mediation it is also a call to the community to use this mechanism; and to practitioners, both mediators and lawyers, to extend the traditional concept of mediation and to continuously develop it through practice.

3. The orientation of mediation

Now, what does the mediator exactly do? How does the mediator facilitate communication and guide negotiation so that the parties reach an agreement?

The answer to these questions depend mainly on the vision that the mediator, the parties and the lawyers who accompany them, have on how mediation should be. This vision is called orientation and is composed of two important concepts. The first concept is the style of the mediator and the second is the definition of the problem.

Leonard Riskin (1994) has defined the facilitative and evaluative styles as opposites as to what the mediator does. He also considers that the definition of the problem can be distributive or narrow as opposed to integrative or broad, depending on the depth of the dispute (p.111).

In order to explain this in greater depth, this section will analyze the styles of the mediator [3.1] and the different approaches that exist regarding the definition of the problem [3.2]. On the basis of this the four possible orientations in the mediation will be exposed [3.3] and finally we will study the viability of the mediators to change orientations throughout the procedure [3.4].

3.1. Styles of the mediator

The styles of mediation have to do with the approach that the mediator has to the handling of the procedure. These approximations can either be facilitative [3.1.1] or evaluative [3.1.2], depending on the scope of the powers that the mediator attributes to itself within the procedure.

The facilitative mediator focuses on moderating the parties' participation in the audience, exploring their true interests with them, and guiding them through questions so that they,

themselves, find the appropriate solution to their dispute. From the facilitative understanding, the mediator is a referee in the game in which only the parties participate, and intervenes as little as possible so that it does not affect the outcome of the procedure. On the contrary, the evaluative mediator seeks to intervene actively in the resolution of the controversy. In order to do so, it dares to make predictions about what would happen if no agreement is reached, to assess the weaknesses of the parties' positions, to suggest formulas of agreement, and even to urge the parties to accept them. From the evaluative vision, the mediator is almost another player that changes the dynamics of the game, and actively participates without losing its neutrality.

3.1.1 Facilitative Style

It is said that facilitative style is the essence of mediation, because in the beginning of mediation, the only style that was taught and practiced was what we now call facilitative (Zumeta, 2016). Mediation is a process of dialogue, that it is designed in such a way that the same parties identify and shape the solution they see most appropriate (Brown, 2002).

According to Carole J. Brown (2002), this style is based on three fundamental principles: (i) the self-determination of the parties for the resolution of the dispute; (ii) the neutrality of the third facilitator; and (iii) the third party is the one that facilitates communication between the other two parties, so that they can mutually understand their interests and find a creative solution.

Risking describes facilitative mediation as one in which the mediator assumes that the parties are intelligent, that they can work together with their counterpart and that they are able to understand and embrace their situation better than the mediator, and even, better than their lawyers. The solutions that the parties can give are more adequate than the solution that any other could give. Given the above, a facilitative mediator has as its main mission to clarify the points of discussion and improve communication between the parties (Brown, 2002), so that they decide what solution fits to their problem.

Consequently, the role of the facilitative mediator is severely limited. The mediator takes care of the procedure as such, but are the parties who must come to a solution (Nauss Exon, 2008, p. 579). The mediator structures the procedure and refrains from making recommendations or opinions regarding the controversy (Zumeta, 2016). The parties create and reach agreements and solutions for themselves, with the presence of a third party that is finally just this: one more in the room.

The mediator facilitates things so that those who attend the audience can speak frankly of their interests, leaving aside their adverse positions. Through appropriate questions and proper techniques, the parties can be taken to points of agreement and, if they do not reach agreement, the mediator cannot make any decisions about it because he cannot force them to do or accept anything³ (Gozaíni, 2001, p. 100).

The role of a facilitative mediator, according to Osvaldo Gozaíni (2001), involves 5 matters: (i) facilitate communication for the parties to listen to each other; (ii) organize the claims of the parties on the basis of needs and interests; (iii) consolidate the points or needs that the parties have in common; (iv) work on the points of controversy; and, (v) ensure that both parties are aware of their rights. To do this, the mediator delimits his participation in the conversation to ask questions, validate and normalize the opinions of each of the parties, explore the true interests of the parties and assist them so that they are the ones who arrive at a solution through brainstorming (Nauss Exon, 1997, p. 939).

³ This quote has been translated from Spanish by the authors.

It has been said that the facilitative style evokes what mediation really is, because it allows the parties to reach an agreement by their own, satisfying their interests, empowering themselves, and providing them with some therapeutic method (Roberts, 2007, p. 193). However, among criticisms of this style, it is considered that the mediator is too passive, which may hinder the reach of the agreement. Likewise, their passivity can create an imbalance between the parties, harming the weak. It is even said that if the mediator tries to balance the power situation between the parties, he would be violating the impartiality of the procedure (Nauss Exon, 1997, p. 602).

3.1.2. Evaluative style

Within the spectrum of mediator styles, on the opposite side to the facilitative style is the evaluative one. In this style, the mediator is more involved, assessing legal issues, party rights and/or interests and positions (Moore, 1998, p. 56).

The term “evaluation” refers to the process by which a neutral third party expresses his opinion about the possible outcome of a legal dispute in the event that it is to be settled in court (Golan and Corman, 2010, p. 328). The objective of the mediator in this case is to offer the parties the vision of a neutral third party that allows them to see beyond their own postures. While their intervention tends to focus on legal or procedural issues, evaluative mediators may also take a similar stance—offering advice, predictions, or suggesting solutions—on substantive or even relational issues.

According to Dwight Golann and Marjorie Corman Aaron, an evaluative mediator can manage to change the perceptions and assessments that the parties have about their positions and alternatives. When a conflict is solved by ordinary methods of justice, both parties predict that they have high chances of winning. Within a mediation, if these high levels are maintained, it is difficult for the parties to develop negotiations in good faith and to reach mutually beneficial agreements (2010, p. 329).

Evaluation can cut through litigants’ misjudgments about the merits of a case. When disputants hear that a neutral person, after studying the facts and listening to the arguments, disagrees with their predictions of victory, they are motivated to look again at the case and ask what the evaluator has seen that they have not (Golann and Corman, 2010, p. 330).

Some scholars have referred to evaluative mediators as “directive mediators” or “muscle mediators”. The fact that the mediator offers a personal assessment of the conflict and its possible outcomes implies that it employs a degree of influence on the parties (Nauss Exon, 2007, p. 593). In any case, the activity of the evaluative mediator should never impose its own position.

Thus, instead of merely facilitating communication between the parties without having any influence on them; an evaluative mediator questions the points under discussion, provides procedural and substantive advice, predicts results, and suggests ways to resolve the conflict (2007, p. 592). Christopher Moore (1998) explains that:

Evaluative mediators also commonly conduct reality testing with parties to uncover gaps in understanding, clarify weaknesses in arguments, identify where the law or past legal cases do not support a party’s views, overcome irrational assessments, encourage more realistic appraisals of parties’ cases, remind them of their underlying and long-term interests, and determine the potential benefits and costs of settling or not (p. 56).

As a result, the attitudes commonly assumed by evaluative mediators are: (i) to issue a legal criteria to help understand the strengths and weaknesses of the parties; (ii) give them an opinion about the possible outcome of the conflict if it were brought to the courts; (iii) give suggestions to the parties about the best alternatives to solve the problem; (iv) propose options for a settlement that satisfies the interests of the parties; and, (v) suggest a particular proposal for a solution to the parties. Evaluative mediators mainly use private meetings where they can speak freely with the parties about the weaknesses of their case. In addition, an evaluative mediator must have some degree of experience in the subject matter of the dispute in order to comply with the aforementioned activities.

However, evaluative mediation has also received some criticism. Among the main ones is that the mediator can compromise its neutrality and impartiality, as well as diminish the parties' self-determination and autonomy, prevent their long-term empowerment, and increase levels of confrontation between them. For some, having "muscle mediators" necessarily implies a degree of coercion by a third party, which departs from the very essence of mediation: persuasion and not coercion (Skjelsbaek quoted by Smith, 1994). Similarly, professors Kimberlee Kovach and Lela Love (1996) refer to evaluative mediation as an oxymoron⁴, arguing that the essence of mediation and the evaluation done by mediators are inconsistent, given that impartiality and neutrality are fundamental principles.

Evaluative mediation is an oxymoron. It jeopardizes neutrality because a mediator's assessment invariably favors one side over the other. Additionally, evaluative activities discourage understanding between and problem-solving by the parties. Instead, mediator evaluation tends to perpetuate or create an adversarial climate (p. 31).

3.2. Approach on the definition of problem

In addition to the style that a mediator can have, there is another factor that can guide the mediation. This is the vision of the problem to be addressed, which may be narrow or broad.

The definition of the problem is given in terms of the content that the conflict is understood to have. Thus, the conflict can be about several issues, such as (i) litigious aspects; (ii) commercial; (iii) personal; and, (iv) community (Roberts, 2007, p. 193). "The narrowest approach focused primarily on legal issues, but as the spectrum became broader, business, personal, relational, and community interests were also included" (2007, p. 189).

On the first level, mediation focuses almost exclusively on the claims of the parties from a legal perspective. The mediators who have this type of perspective focus the mediation in such a way that the parties see their alternatives in case of going to a judicial process. Thus, a mediator with a narrow vision of the problem will look at the possible outcome of the conflict if it were brought to court to avoid the risks of an unfavorable outcome, and will not give more importance to the issues surrounding the controversy, such as interests, emotions or causes of conflict. In this sense, Leonard Riskin (1996) argues that in a narrow approach

[...] the primary goal is to settle the matter in dispute through an agreement that approximates the result that would be produced by the likely alternative process, such as a trial, without the delay or expense of using that alternative process. The most important issue tends to be the likely outcome of litigation (p. 19).

The second level focuses on business or commercial issues. Accordingly, the discussion focuses

⁴ A combination of contradictory or incongruous words (Merriam-Webster Dictionary).

on aspects that would not be taken into account in a judicial process. Leonard Riskin (1996) graphs this through the following example

[...] Golden State is displeased with the overall fee structure or with the quality or quantity of Computec's performance under the contract, and the mediation might address these concerns. Recognizing their mutual interest in maintaining a good working relationship, in part because they are mutually dependent, the companies might make other adjustments to the contract. Broadening the focus, a bit, the mediation might consider more fundamental business interests, such as both firms' need to continue doing business, make profits, and develop and maintain a good reputation. Such a mediation might produce an agreement that, in addition to - disposing of the \$30,000 question, develops a plan to collaborate on a new business venture. Thus, by exploring their mutual business interests, both companies have the opportunity to improve their situations in ways they might not have considered but for the negotiations prompted by the dispute (p.19).

The third level, seeks towards a broader vision of the problem, revolves around the personal aspects of each of the parties. The objective is not only to solve the conflict, but this approach also gives the parties the opportunity to learn and change through the resolution of the conflict. So,

[...] the parties might repair their relationship by learning to forgive one another or by recognizing their connectedness. They might learn to understand themselves better, to give up their anger or desire for revenge, to work for inner peace, or to otherwise improve themselves. They also might learn to live in accord with the teachings or values of a community to which they belong (Riskin, 1996, pp. 20-21).

Thus, using the same example used to demonstrate the approach to commercial issues, Leonard Riskin (1996) argues that

Level III mediations focus attention on more personal issues and interests. For example, during the development of the \$30,000 dispute, each firm's executives might have developed animosities toward or felt insulted by executives from the other firm. This animosity might have produced great anxiety or a loss of self-esteem (p. 20).

Indeed, in a mediation focused on personal issues, a process of change will be sought in the parties so that through mediation they can ventilate their emotions and forgive each other.

Finally, the fourth level consists of a very broad vision of the problem that surrounds itself in community and social aspects. Hence, during the mediation the desires of social groups that are not part of the dispute in the strict sense, but that in one way or another may be affected, are still considered. Following the same example used in previous lines, Riskin (1996) maintains the following:

For example, perhaps the ambiguity in legal principles relevant to the Computec case has caused problems for other companies; the participants might consider ways to clarify the law, such as working with their trade associations to promote legislation or to produce a model contract provision. In other kinds of disputes, parties might focus on improving, or transforming, communities (p. 22).

Through the example used by Riskin (1996) it is possible to show that the way in which the problem is focused (more or less narrow) does not necessarily depend on the type of case that the mediator is dealing with. In fact, Riskin (1996) uses the same case (a \$ 30,000 dispute) to

explain the different approaches that can be taken. Thus, a mediator with a very narrow vision of the problem will focus exclusively on the legal aspects (interpreting the scope of the contract, for example), whereas a mediator with a broader vision will focus on the commercial relationship between the parties (level II), to bring the parties to a process of forgiveness (level III), or even to reach an agreement that reports a benefit to the community (level IV). Consequently, the extent to which the problem is defined is not an intrinsic issue to each case, but will depend on what each mediator deems appropriate and efficient to resolve the issue.

3.3. The four orientations in mediation

According to the style of the mediator—facilitative or evaluative—and the way in which it addresses the problem—narrow or broad—four different orientations are presented in mediation. It is essential to understand the particularities of each of these guidelines, as, as Jeffrey Krivis and Barbara McAdoo (2000) put it:

Understanding style is crucial to improving mediator performance. It allows a mediator to select from a spectrum of techniques that might be available depending on the nature of the issues presented. It also makes it simple for the mediator to explain to the disputants why a particular approach might be used in resolving the dispute.

It is for this reason that an analysis of the different combinations will follow: facilitating mediator with a narrow vision of the problem [3.3.1]; facilitating mediator with a broad vision of the problem [3.3.2]; evaluative mediator with a narrow vision of the problem [3.3.3]; and, evaluative mediator with a broad vision of the problem [3.3.4].

3.3.1. Facilitating mediator with a narrow vision of the problem

The facilitative mediator with a narrow vision of the problem tends to ask questions to the parties that allow them to reach a realistic perspective on what their situation is in the case of a possible litigation. However, it does not present its personal opinion or pressure the parties. Nor does it use the analysis of substantial documents within the conflict (the contract, for example). Its main strategy is to communicate with the parties through the elaboration of questions directed to the understanding of the litigious situation and the consequences of not reaching a negotiated solution (Krivis and McAdoo, 2000). So

The facilitative-narrow mediator shares the evaluative-narrow mediator's general strategy to educate the parties about the strengths and weaknesses of their claims and the likely consequences of failing to settle. But he employs different techniques to carry out this strategy. He does not use his own assessments, predictions, or proposals. Nor does he apply pressure. He is less likely than the evaluative-narrow mediator to request or to study relevant documents. Instead, believing that the burden of decision-making should rest with the parties, the facilitative-narrow mediator might engage in any of the following activities (Krivis y McAdoo, 2000).

The main strategies used by a facilitative-narrow mediator are: (i) asking questions; (ii) assisting parties to identify their own interests from a legal perspective; (iii) assisting the parties to exchange proposals for solutions; and, (iv) assisting the parties in evaluating such proposed solutions (Riskin, 1996, p. 28).

As a consequence, this orientation is characterized mainly by the use of questions (facilitative) that are focused on legal aspects (narrow). The mediator then refrains from issuing

a criterion or suggestion on the case and is limited to helping the parties identify their interests and options through the use of questions.

3.3.2. Facilitative mediator with a broad vision of the problem

For its part, a facilitative mediator with a broad vision of the problem tries to avoid that the parties within the conflict find themselves framed within their positions. On the contrary, it seeks to ensure that mediation takes place around the interests of those involved rather than their positions (Krivis and McAdoo, 2000). This goal is fulfilled through empathic listening and questions that help the parties explore their true interests as well as understand those of the other party.

The main tasks of this type of mediator are, (i) helping parties understand underlying interests, (ii) assisting parties in developing and exchanging broad interest-based suggestions for settlement, (iii) helping parties exchange proposals, and (iv) helping parties evaluate those proposals (Roberts, 2007, p. 198).

As in the previous orientation, this mediator also refrains from issuing his criterion and uses questions, as this is a characteristic of the facilitative style. However, in this case, the questions do not focus on legal aspects, but are intended to help the parties to identify their underlying interests, depending on the degree of extent to which the mediator addresses the problem, they will be commercial, personal or community focused.

3.3.3. The evaluative mediator with a narrow vision of the problem

Instead, the evaluative mediator with a narrow vision of the problem seeks for the parties to perceive their weaknesses and legal strengths within the conflict. The main objective is that through mediation, the parties can visualize their situation in a litigation. In this way they are made aware of the implications of not reaching a negotiated agreement (Riskin, 1996, pp. 26-27).

Unlike the facilitative mediator with a narrow vision of the problem, the evaluative mediator analyzes all relevant case documentation prior to mediation (Riskin, 1996, pp. 26-27). On the other hand, “most mediation activities take place in private meetings where the mediator will provide additional information and employ evaluative techniques” (1996, p. 27).

The main evaluative techniques, presented from the least to the most evaluative, are the following: (i) to evaluate the strengths and weaknesses of the case on each side; (ii) to predict judicial outcomes; (iii) to propose agreements on position-based commitments; and (iv) to urge the parties to resolve or accept a proposed solution (1996, pp. 27-28).

In conclusion, it is evident that the mediator adopts a more active position in the mediation process, because it is not limited to help the parties exchange proposals for solutions, but can even propose agreements. However, given that the mediator has a narrow vision of the problem, such agreements focus exclusively on legal and contentious issues.

3.3.4. The evaluative mediator with a broad vision of the problem

This type of mediator also seeks to help the parties to visualize what their situation would be if they fail to reach an agreement. However, it focuses on the potential satisfaction of interests, rather than the possibility of winning or losing in a judicial process. Thus, this mediator predicts how the interests of the parties could be met or not if no agreement is reached. Likewise, it proposes solution formulas that it believes could satisfy the interests of both parties. Therefore, this style requires that the mediator assimilates and actively reconciles the interests of the parties.

As Jeffrey Krivis and Barbara McAdoo (2000) put it, this mediator style “also provides

predictions, assessments and recommendations. But she emphasizes options that address underlying interests, rather than those that propose only compromise on narrow issues”.

The main strategy of this style of mediation is to “learn about the circumstances and underlying interests of the parties and other affected individuals or groups, and the to use that knowledge to direct the parties toward an outcome that responds to such interests” (Riskin, 1996, p. 30). Riskin (1996) explains that to achieve this, the evaluative-broad mediator uses the following techniques, from the least to the most evaluative: (i) to understand the underlying interests; (ii) to predict the impact of non-agreement on interest; (iii) to develop and offer broader options; and (iv) to urge the parties to adopt the proposal of the mediator or some other person (p. 30).

Indeed, similarly to the narrow-evaluative mediator, this mediator assumes an active role in mediation where it is ready to offer mutually agreeable options. These options do not focus on legal aspects, but on the interests of the parties.

Based on the different orientations studied, it is evident that there is no single type of mediator. On the contrary, depending on the orientation adopted by each mediator there are different techniques and strategies, and each one of them will aim at different objectives. With this in mind, we consider it extremely useful to provide the reader with a table drawn up by Leonard Riskin (1996, p. 35), so that the reader can better visualize and synthesize the qualities, strategies and objectives of different types of mediators:

		<i>Role of Mediator</i> EVALUATIVE			
<i>Problem definition</i> NARROW		Urges/pushes parties to accept narrow (position-based) settlement		Urges/pushes parties to accept broad (interest-based) settlement	<i>Problem definition</i> BROAD
		Proposes narrow (position-based agreement)		Develops and proposes broad (interest-based) agreement	
		Predicts court or other outcomes		Predicts impact (on interests) of not settling	
		Assesses strengths and weaknesses of each side's case		Educates self about parties' interests	
		Helps parties evaluate proposals		Helps parties evaluate proposals	
		Helps parties develop & exchange narrow (position-based) proposals		Helps parties develop & exchange broad (interest-based) proposals	
		Asks about consequences of not settling		Helps parties develop options that respond to interests	
		Asks about likely court or other outcomes		Helps parties understand interests	
		Asks about strengths and weaknesses of each side's case			
			<i>Role of Mediator</i> FACILITATIVE		

Table that summarizes the techniques used in each type of orientation (Riskin, 1996, p. 35)

3.4. Do the mediators move within the orientations?

The orientations of mediation are not static, either from the point of view of the development of mediation as a practice, nor from what a particular mediator does at a given moment.

Classical and pure mediation is a facilitative mediation with a broad vision of the problem. However, it is important to take into account the historical evolution (Kovach, quoted by Alenxander, 2006, and Folberg, 2015, p. 36)⁵ that this style of mediation had in the United States: one of the reference countries in mediation. Thus, in this country, over the years of practice, mediation has become evaluative with a narrow vision (Kovach, 2006, and Folberg, 2015, p. 36). This evolution reveals the possibility (and feasibility) of change in the mediator's orientation.

In its general practice, each mediator tends to align to one of the orientations set forth above, but its orientation is never static. The mediator does not necessarily adhere to a given orientation for all procedures, and does not even use a single orientation at all stages within the same procedure. The different orientations are coupled to the different cases, depending on the contentious points, the relations between the parties, the future objectives of the same, etc. Also, each of the orientations may be more or less favorable at each stage of the procedure.

The mediator's styles constitute a spectrum where mediators fluctuate, and are not necessarily polar opposites. Andrew P. Wyckoff (2000) explains that this spectrum between the facilitative-evaluative poles constitutes a large gray scale, in which styles are often difficult to distinguish. From an evaluative perspective, the mediator evaluates the facts and the potential results, in order to offer possible solutions to the controversy. From a facilitative perspective, the mediator helps the parties to evaluate the facts and the potential results, in order to generate consensual decisions (p. 6). Between these two perspectives, it opens the possibility of a series of combinations of attitudes and postures that can be assumed by the mediator. Likewise, the mediator can have a narrow vision of the controversy, managing an eminently distributive negotiation and yet incorporate an element that gives a certain amplitude to the problem, such as the confidentiality agreement.

The mediator's orientation is often related to the attitude of the parties. A mediator tends to be evaluative when he notices that the parties want and wish to be provided with advice and guidance on the best alternatives to solve in conflict. Similarly, it does so when the parties trust that the mediator is qualified to provide such a guidance by virtue of their training, experience, objectivity, etc. On the contrary, a mediator tends to be facilitative when the parties seem willing and able to work with their counterparts, and when they can undoubtedly understand their situation better than the mediator and their own lawyers (Riskin, 1996, p. 19). It also tends to react to the definition of the problem presented by the parties and / or their lawyers.

Thus, the stage of the mediation procedure is a fundamental factor in the style that the mediator will adopt. "The styles of the mediator often evolve throughout the negotiation process, beginning with the facilitative and moving towards the evaluative" (DeVries, 2013). The evaluative approach implies a greater participation of the mediator, who intervenes to assess the situation of the

⁵ At the outset (1970-1980), mediation in the United States revolved around community interests, in fact several community mediation centers were set up. In the same way, during those times, programs were developed for the resolution of neighborhood disputes. Given the nature of these conflicts, mediation was characterized by a facilitative-broad orientation. However, over time some legal services emerged that offered mediation to resolve cases in which neither party could afford the expenses of a lawyer. In turn, the entrepreneurs also began to opt for this service. While they had money to cover attorneys' fees, the cost of delaying the trial was unworkable. That is why they opted for mediation. Thus, evaluative styles were gradually introduced, as the demands of the case required the mediator to provide more advice in the dispute.

procedure. Such intervention may not be desired by the parties at the beginning of a mediation; in stages in which the parties have not developed full confidence in the mediator, and therefore, they ignore the legitimacy of the mediator to provide an opinion. This is why timing or determining the appropriate moment to use the evaluative style is important. Urging parties to reach an agreement often becomes necessary, and doing so becomes more effective once a relationship of trust is established (DeVries, 2013). Mediator Michael Roberts (2002) agrees with this, and states that

In the early stages of a mediation, I tend to use a facilitative approach to help the parties work through the issues on their own and reach their own conclusions. Evaluative techniques are reserved until the later stages of the mediation when a rapport has been established between the mediator and the party. At this point the mediator's opinions as to the validity of a party's position and suggestions for settlement are more likely to be accepted. Most experienced mediators do not hesitate to evaluate the validity of a party's position and offer suggestions for settlement at the appropriate time. Indeed, most parties expect it. The skill is in the knowing how and when to use both approaches.

4. Review of styles and definition of the problem in mediation in the city of Quito

The present research seeks to find the styles that the mediators of the city of Quito adopt, as well as the definition of the problem that they use in their work. It also pretends to find the expectations that lawyers have on these aspects, who come to mediation in the same city.

In this section we present the results of a quantitative research carried out through surveys, in order to identify the application of the guidelines in the practice of mediation.

4.1. Research Methodology

In order to identify the styles adopted by mediators and preferred by lawyers, as well as the approach with which the problem is defined, the present investigation was carried out with surveys for mediators and lawyers (separately) from the city of Quito. This research, replicated the methodology used by Jeffrey Krivis and Barbara McAdoo (2000) in "A Style Index for Mediators".

The survey consisted of 31 statements to which the mediators and lawyers surveyed should have assigned a score between 1 and 10, with 1 being "strongly disagree" and 10 being "strongly agree". 12 of the questions aimed to determine the style of the mediator, and 15 aimed to identify the extent to which they define problem. The remaining 4 questions referred to independent procedural techniques.

Surveys were sent to mediators and lawyers at a variety of mediation centers in the city of Quito. The purpose of involving both lawyers and mediators in the study is to compare their orientations and determine if what mediators offer is, in fact, what lawyers expect from the mediation procedures that they attend accompanying the parties. There was a participation of 35 mediators from different centers of the city and 54 lawyers which use these centers. Among mediator respondents, the institutional response presented by the National Mediation Center of the Judiciary (hereinafter CNMFJ, as its initials in Spanish) is included. This response motivated each of the statements with the official position of the Center. For this reason, mediators of CNMFJ not responded individually surveys.

Because of the size of the evaluated sample, the results of this initial study are merely exemplary and represent the preferences of the attorneys and mediators who answered the survey exclusively. Nevertheless, they allow us to obtain lights of preferences and general tendencies.

When answering the survey, giving a high score to style claims implies that the law-

yer or mediator prefers an evaluative style, while assigning a low score reflects its inclination towards facilitative style. Similarly, giving a high score to problem definition statements means to prefer a broader vision of the problem, while assigning a low score reflects the preference for narrow vision. For didactic reasons, some questions were inverted so that participants could not identify the posture of assigning high or low scores and responding as objectively as possible. In these cases the scores were again inverted to correctly compute the evaluation of the final results shown in this paper.

The results obtained are presented in two main ways. The styles and definition of the problem are presented through comparative bar graphs that analyze the responses of lawyers and mediators to the most relevant questions (Sections 4.2, 4.3 and 4.5). Thus, one can observe the most frequently assigned scores by lawyers and mediators in each of the questions, and compare their preferences with respect to specific topics of mediation. In both cases, the results are presented on 5 points and not on 10 in order to make the existing trend clearer.

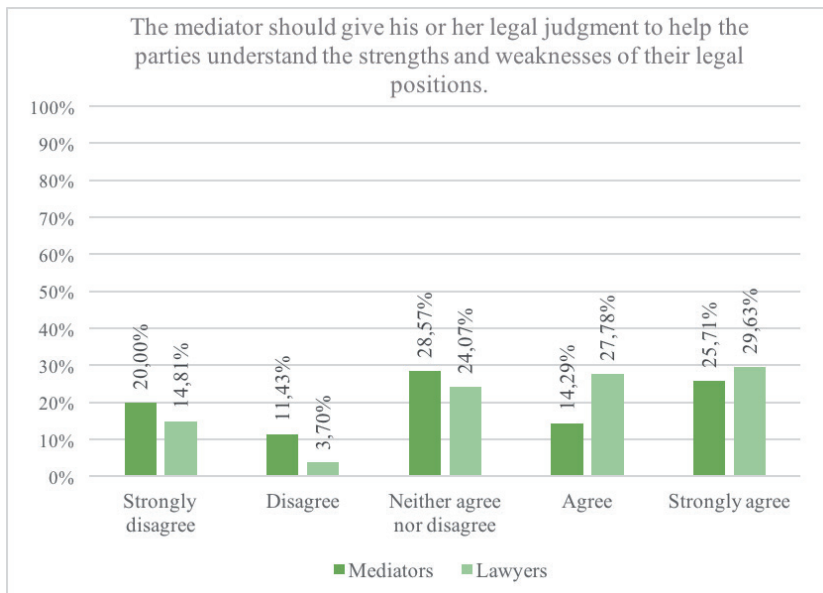
Finally, the orientations on mediation are reflected in a quadrant chart (section 4.4) in which each participating lawyer and mediator is located at a specific point in the quadrant. This reflects the preferences about the style of mediation and the definition of the problem. The quadrant in which each attorney or mediator is located is determined by obtaining an average of the ratings given to all of the survey questions. Likewise, the results are exposed over 5 points to show a clearer trend.

4.2. Mediation styles in the city of Quito

According to the results of the questions to be discussed later, most of the surveyed mediators reflect an evaluation style. The CNMFJ presents a different case, since it advocates for a facilitative style of mediation in its institutional response. Most of the surveyed lawyers also leaned towards an evaluative style of the mediator. We will now review the results to the most relevant questions that support this conclusion.

4.2.1. Issuing legal criteria

Regarding the possibility of mediators providing their legal criteria in order to help the parties to understand the strengths and weaknesses of their legal positions, 40% of the mediators favored this position and 31.43% were against it; while lawyers showed a much more definite trend, with 57.41% in favor of it and only 18.51% against it.



Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question “The mediator should give his or her legal judgment to help the parties understand the strengths and weaknesses of their legal positions”

The mediators’ responses to this question reveal that there is no clear trend: there is a similar percentage between those who agree and those who disagree with giving their legal opinion. In fact, 28.57% of the mediators do not have a clear position on the matter, which implies a higher percentage than those who strongly agree or strongly disagree.

For its part, the CNMFJ leans towards a facilitative style, because its response is to be strongly disagree with the question, motivating this in the following way:

The manifestation of legal criteria is very close to giving an opinion, which is the task of a legal adviser or the report that could be made by an expert, specialist in the matter. This is not the task of the mediator, therefore, it always reveals to the parties the right that they have to go to the legal counsel provided by the State, through the Public Defender’s Office; or, private, according to the possibilities that the user might have, this is something that runs on their count.

That is to say that the task of helping the parties to understand the strengths and weaknesses of their legal positions is a legal advisory task, which stands as contradictory with the mediator’s function of impartiality and neutrality.

Now, from the approach of guaranteeing rights to which a public servant who provides a justice administration service, such as mediation, is subject by constitutional mandate, to respect and guarantee the rights of all users, as well as to the direct application of principles, that allow the full validity of the rights of the users.

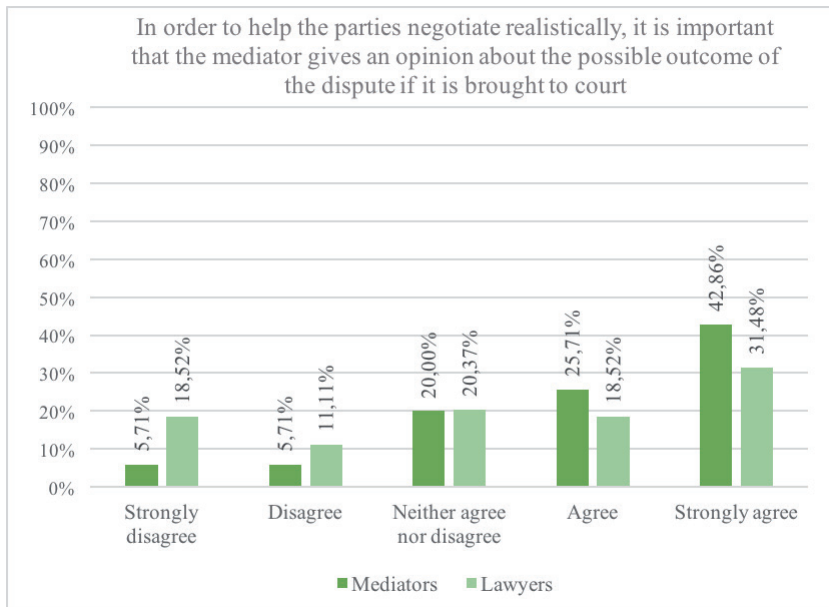
Therefore, it should be differentiated that the duty to inform users of the enjoyment of their rights and the one to comply with obligations, is opposite to the legal opinion resulting from a consultation, which is the task of a legal advisor (2016).

With regard to lawyers, there is a much more defined tendency towards an evaluative style, where most lawyers who attend mediation, in the company of the parties, seek for the mediator to issue their criteria in order to help them assess the weaknesses and strengths of their case.

It is interesting to recognize the difference that exists between mediators and lawyers, because while the second ones will seek a legal criterion, only a fraction of the mediators will be willing to meet such expectations. This invites us to question whether it would be appropriate for mediators in the future to favor a more evaluative style, or whether new methods of dispute resolution should be developed that offer an early neutral assessment, such as the ENA⁶, mini trial⁷ or rent a judge⁸.

4.2.2. Predict the possible outcome in the judicial process

Regarding the fittingness of the mediator to pronounce itself on the possible outcome of the conflict if it were brought to the courts, 68.57% of the mediators favored it, while only 11.42% was opposed to it. Likewise, 50% of lawyers were in favor, while 29.63% were against.



Comparative bar chart of mediators and attorneys' responses to the question "In order to help the parties negotiate realistically, it is important that the mediator gives an opinion about the possible outcome of the dispute if it is brought to court"

Mediators consider it useful and appropriate to anticipate possible outcomes of the case in court. Perhaps this relates to the role of the mediator as an agent of reality, which allows

⁶ Early Neutral Assessment (ENA) is a method whereby parties come to a neutral third party to evaluate the positions, weaknesses, and strengths of each party and on the basis of them determine if they are close enough to sit negotiating table. For more information on ENA see Vado, L (2003) y Izuzquiza, M. (2008).

⁷ The mini trial is an alternative resolution method that consists of a kind of moot court in which a third party provides advice to the parties and tells them what each one has to lose or win in a possible trial. The decisions of this third party may be binding depending on the legislation. For more information on this mechanism look in: Davis, and Lynne Omlie (1985).

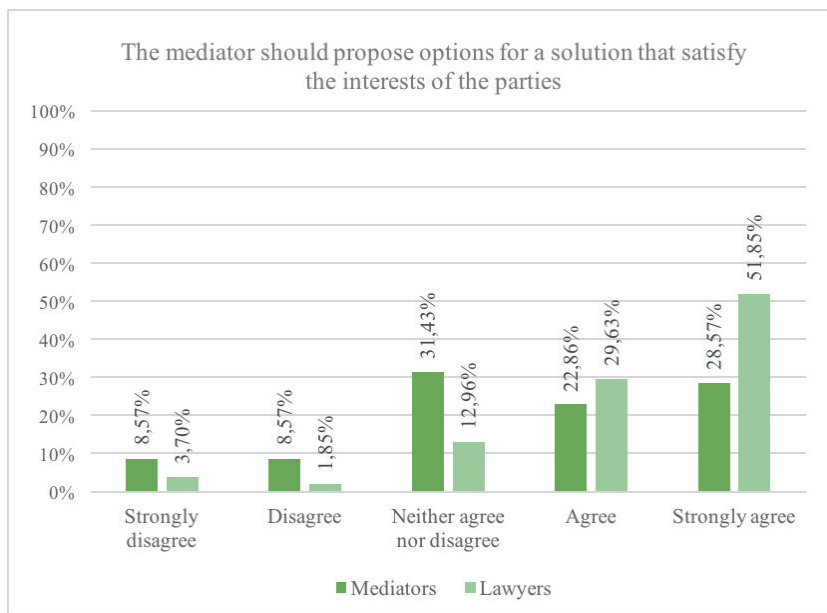
⁸ For its part, rent a judge is a process in which a retired and prestigious judge intervenes because of its suitability and impartiality. This judge issues an opinion that although not binding is valued by the parties given their prestige. For more information on this mechanism look: Stone, L. (2004, pp. 2-3).

the parties to re-evaluate their positions. On the other hand, the CNMFJ had a neutral position although it recognized the value of this technique as follows: “according to the application of the linear method of negotiation, depending on the level of the conflict, the analysis of the Best Alternative to a Negotiated Agreement (MAAN, in Spanish)” (2016).

Lawyers did not reflect such a clear trend. 50% showed a favorable trend, 20,37% took a neutral stance and 29,63% was against this. Although most lawyers tend for the evaluative style, with these results it would seem that lawyers do not trust the mediator’s prediction so much. It is interesting to compare the answers to this question with those of the previous question. While lawyers seek from the mediator a legal approach to assessing the weaknesses of their case, they would appear less than enthusiastic about the mediator anticipating the possible outcome in court.

4.2.3. Make proposals for agreement

51,85% of the attorneys surveyed fully agree with a mediator that comes up with settlement options that satisfy the interests of the parties; while 28,57% of the mediators consider the same. 12,96% of lawyers and 31,43% of mediators do not have a clear tendency; while 3,7% of lawyers and 8,57% of mediators are in complete disagreement. In spite of the dispersion in these results it is shown that there is a favorable tendency towards the proposal by the mediator of options of solutions.



Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question “The mediator should propose options for a solution that satisfy the interests of the parties”

Although the mediators’ results are more disperse than in the responses of lawyers, in both cases we can see an evaluative tendency. However, it is important to notice that lawyers are more in agreement that the mediator seeks for formulas of agreement, than the mediators themselves. In fact, in the responses of mediators 31,43% do not reveal any tendency, whereas in lawyers this value is only 12,96%.

Likewise, the percentage of lawyers who strongly agree with mediators who propose options in the procedure exceeds 50%, while in mediators this figure is only of 28,57%. This leads us to question how the practice of mediation will develop in the future. Maybe lawyers will seek mediators who propose solution formulas; or perhaps the mediators will adopt this technique in their practice with more regularity; probably reflecting the increasing adoption of an evaluative style, as it happened in the United States.

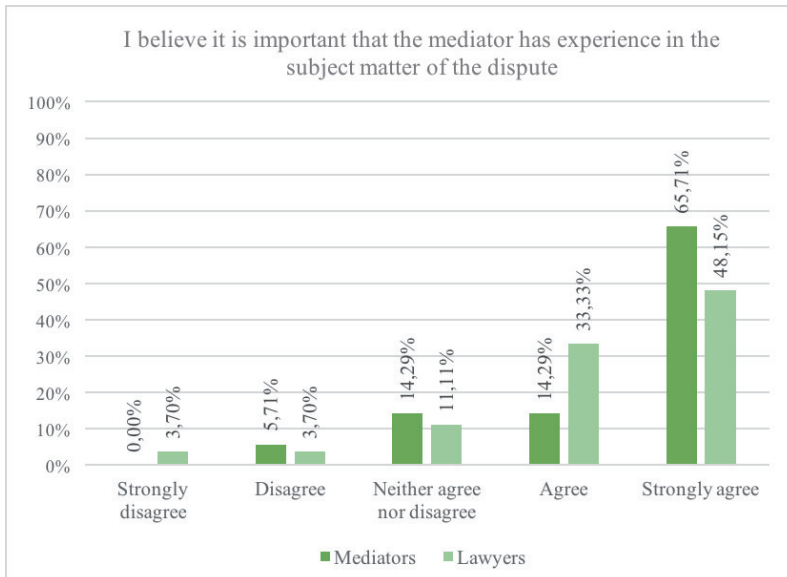
It is important to highlight the position of the CNMFJ, who pointed out that it strongly disagrees on the possibility of mediators proposing solution formulas, basing that decision as follows:

[T]he mediator does not suggest or propose options for solution, but helps the parties identify the best solution with which they would be willing to reach an agreement. There is a subtle difference between proposing or suggesting; and, helping the parties to reach this, the best solution to the conflict. First, it removes neutrality or impartiality, of the mediator, since it is an externalization of how the mediator considers the best way to resolve the conflict; while, secondly, it is the result of the application of communication tools and the task of empowerment that is a cross-cutting axis to the work of the mediator (2016).

This response indicates a clear facilitative tendency, since it is advised that suggesting options for settlement contravenes the neutrality and impartiality of the mediator. This concern is characteristic of mediators committed to a facilitative style.

4.2.4. Specialization of the mediator

Regarding the **need for mediators to be specialized**, 65,71% of the mediators are in complete agreement and none of them strongly disagrees. As for lawyers, 48,15% fully agree, while 3,7% strongly disagree.



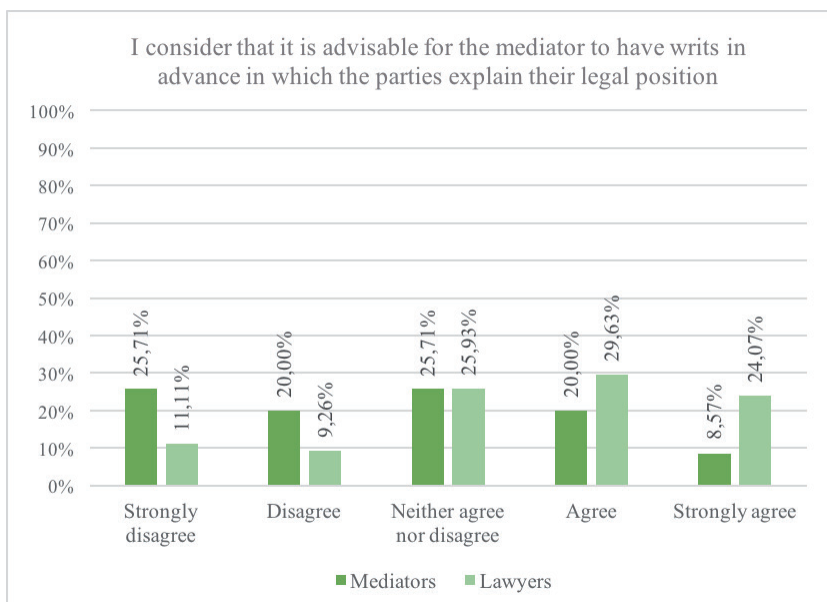
Comparative bar graph of mediators and attorneys' responses to the question "I believe it is important that the mediator has experience in the subject matter of the dispute"

The evaluative style of mediation entails that the mediators know of the matter they are mediating; in this way they will be able to provide a better legal criterion, make more precise predictions, or present plausible proposals of solution. On the other hand, a facilitative style does not require specialization in the matter, but rather a proper use of techniques and strategies of communication and negotiation. The answers to this question confirm that the majority of the surveyed people, both mediators and lawyers give importance to the specialization of the mediator, a characteristic that is fundamental in any evaluative orientation. Likewise, the CNMFJ answered to be moderately in agreement, taking into account that:

It is necessary that mediators have a level of knowledge and experience suitable for the exercise of their functions. At the time taking a case, the study or analysis of the elements of the conflict, the mediator might have concerns, which will allow to identify the need for technical support, to strengthen their capabilities well in advance of the mediation hearing (2016).

4.2.5. Access to legal positions before mediation

Finally, the respondents were asked about the convenience of having the mediator have writs in advance in which the parties explain their legal position. In this regard, 28,57% of the mediators were in favor of this. In contrast, 45,71% was opposed to it. Contrariwise, 53,7% of lawyers are in accordance to file writs in advance, while 20.37% are against.



Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question

“I consider that it is advisable for the mediator to have writs in advance in which the parties explain their legal position”

This question gives us insight on whether or not there is an inclination of lawyers and mediators in favor of premediation (Sher, 2012)⁹. Knowing about the documents or technical

⁹ Premediation involves both the client’s preparation with his lawyer before the mediation, as well as the advance preparation that the mediator makes of the case and the strategy that will be used during the hearing. As the image is more complete and clear in the eyes of the mediator, the easier the procedure is directed to a solution.

reports in advance to determine how to handle the case shows several reactions among the respondents. Being able to decide how the case will be handled involves a subject of structure and strategy, not a matter of decision making or positions in advance.

It can be evidenced that in the case of the mediators, in spite of dispersed results—in particular because 25,71% of the respondents do not have any preference—there is an unfavorable tendency against the possibility of having previous documents and reviewing them in preparation for mediation. This reflects a somewhat more facilitative vision on the side of the mediators, who perhaps imagine that it is better for the parties not to have definite positions that prevent the exploration of their real interests. Likewise, it allows us to show that mediators would not devote much time and effort to premediation.

In fact, the CNMFJ argued that:

it is not advisable for the mediator to have writs in advance in which the parties explain their legal position. Although the parties could present them, nothing prevents them from receiving them, however, the mediation hearing is the space provided for them to be able to express their criteria and interests (2016).

For their part, lawyers would prefer that mediators arrive prepared to the hearing by reviewing legal documents. It is interesting to see the discordance at this point, in which the service providers do not agree with the users of the service. Consequently, it is probable that the documents prepared by lawyers, with the aim of exposing the mediator to his perspective on the case, could be in many cases ignored.

These results are a call for attention to attach greater importance to the writs and documents prepared by the parties and to give value to the premediation phase.

On the basis of the carried analysis, it is possible to conclude that there is a general trend toward an evaluative style, as it can be seen from the table presented below in section 4.4.

Mediators reveal an evaluative trend, though not in an absolute manner; while lawyers express a clear preference for a more evaluative style. For its part, the CNMFJ shows a style of facilitative mediation, committed to the purity of classical mediation.

On the other hand, it is important to emphasize that there are certain issues in which there is no harmony between what lawyers would like and what mediators offer. This situation invites us to imagine how mediation will develop in the future and the techniques that mediators will adopt in their professional practice in order to meet the needs, expectations and preferences of the users. Similarly, several issues remain latent, such as the need to give greater emphasis to the premediation phase and the tendency to a greater specialization of the profession.

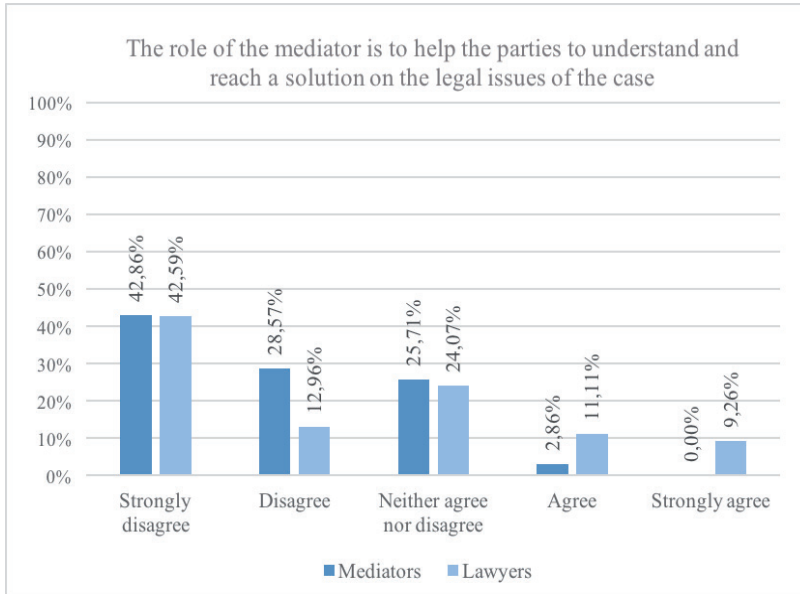
4.3. Definition of the problem in the city of Quito

Regarding the definition of the problem to be addressed, this research did not reach conclusive results. It would seem that both mediators and lawyers adapt to the definition of the problem that is most convenient to each concrete case.

We will now review the results to the most relevant questions that support this conclusion.

4.3.1. Focus on legal issues

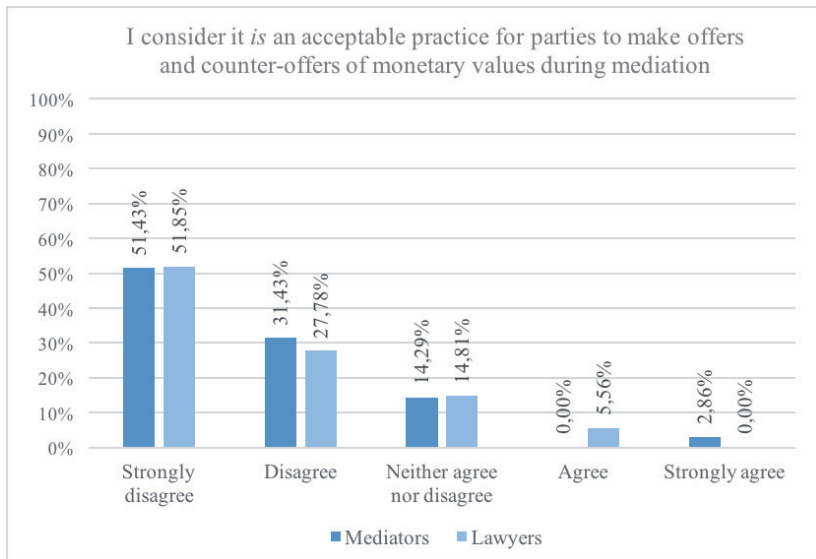
A large number of mediators and lawyers consider that the role of the mediator is to help the parties understand and reach a solution on the legal issues of the case. 71,43% of mediators and 55,55% of lawyers show a favorable trend with this affirmation. Likewise, the CNMFJ fully agreed with this statement.



Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question
 “The role of the mediator is to help the parties to understand and reach a solution on the legal issues of the case”

This means that for both attorneys and mediators, legal issues are part of mediation and that the mediator must contribute to the resolution of the specific legal dispute.

Additionally, most mediators and lawyers consider it an acceptable practice for the parties to make offers and counter-offers of monetary values during mediation. 82,86% of mediators and 79,63% of lawyers agree with this style of negotiation.

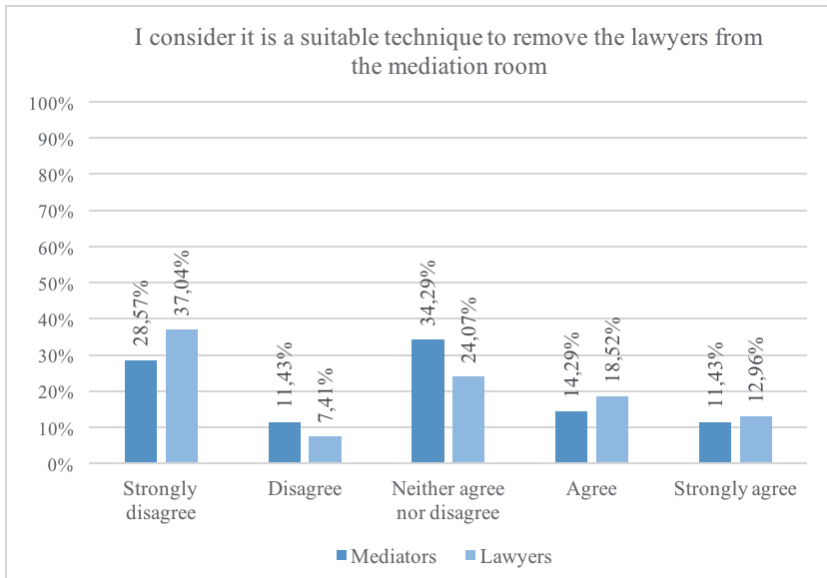


Comparative bar graph of mediators and attorneys' responses to the question
 "I consider it is an acceptable practice for parties to make offers and counter-offers of monetary values during mediation"

This question has to do with the distributive bargaining model that sets aside the interests, emotions and causes of the conflict in order to focus only on an exchange of offers and demands for monetary content. This negotiation model is characteristic of a narrow definition of the problem. In this regard, the CNMFJ stated to be in full agreement:

According to the linear negotiation methodology applied during the hearing, the parties usually make offers and counter-offers, especially when dealing with civil, patrimonial or related issues with compliance of onerous or successive obligations. In any case, the use of bargaining as a form of agreement must be moderated by the mediator, reminding the parties of the objective criteria or causes that gave birth to the obligation in order to comply with the normative parameters in force at the time of the contract and the act of mediation (2016).

Finally, when asking the surveyed lawyers and mediators if they consider it a proper technique to **remove lawyers from the mediation room**, a clear response could not be obtained which shows a real trend. 40% of mediators (including the official position of the CNMFJ) and 44,45% of lawyers disagree; while a representative percentage of mediators and lawyers (34,29% and 24,07%, accordingly) did not take a stance; and finally 25,72% of mediators and 31,48% of lawyers agreed with the practice.

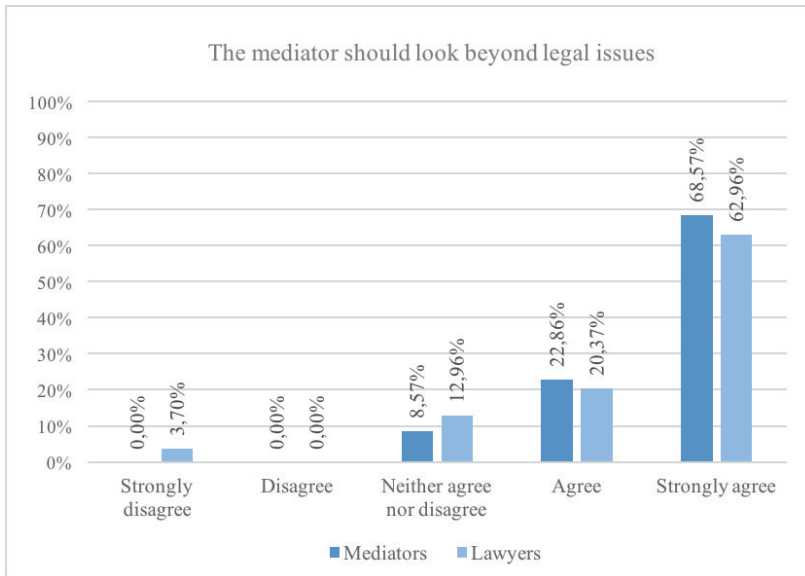


Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question “I consider it is a suitable technique to remove the lawyers from the mediation room”

Despite the dispersion in the results, there seems to be a tendency to consider the presence of lawyers at the negotiating table as necessary, which in turn suggests that, the discussion focuses on legal issues.

4.3.2. Focus on issues that transcend the legal matters

However, at the same time that the survey respondents agreed to deal with legal issues, they also agreed to address issues that went beyond the legal issue. Thus, 91,43% of mediators and 83,33% of lawyers surveyed agree to observe additional issues other than legal ones at the mediation process or when attending one.



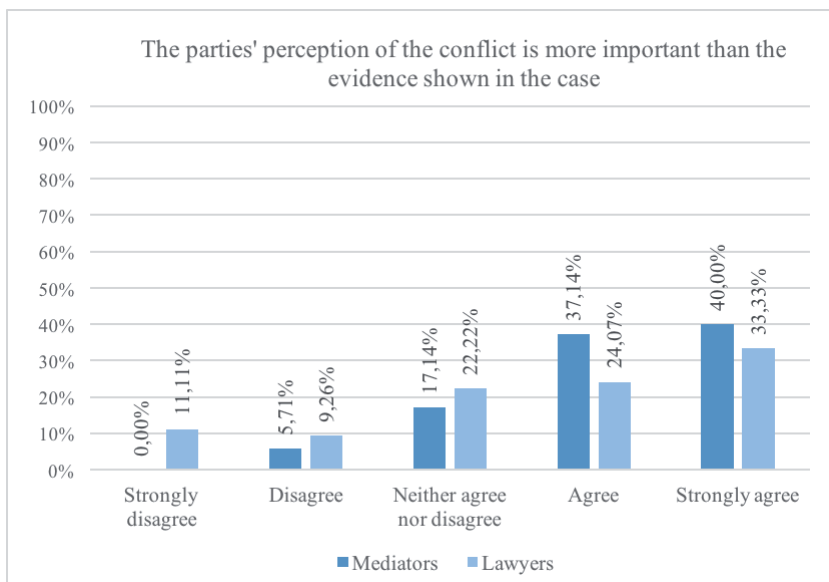
Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question
“The mediator should look beyond legal issues”

This reflects a strong and evident tendency to define the problems brought to mediation in a broadly manner, so that it also takes into account the interests, the emotions and the perceptions of the parties.

In fact, the response of the CNMFJ reflects a definition of the problem that reaches the fourth level of amplitude, saying that:

the role of the mediator goes beyond solving cases, it also focuses on the search for a culture of peace [...]. [Citing] Dr. Gustavo Jalkh, President of the *Consejo de la Judicatura*, who states that the equation: a conflict equal to a judicial judgment is not viable or sustainable, social or economically, so mediation is a privileged way that allows the strengthening of the social composition and a significant saving of resources that should be invested in the formal judicial system (2016).

Likewise, both lawyers and mediators tend to agree with the idea that the parties' perception of the dispute is more relevant than the evidence on the case. 77,14% of mediators and 57,4% of lawyers say they agree with the aforementioned position.



Comparative bar graph of mediator and lawyer responses to the question “The parties’ perception of the conflict is more important than the evidence shown in the case”

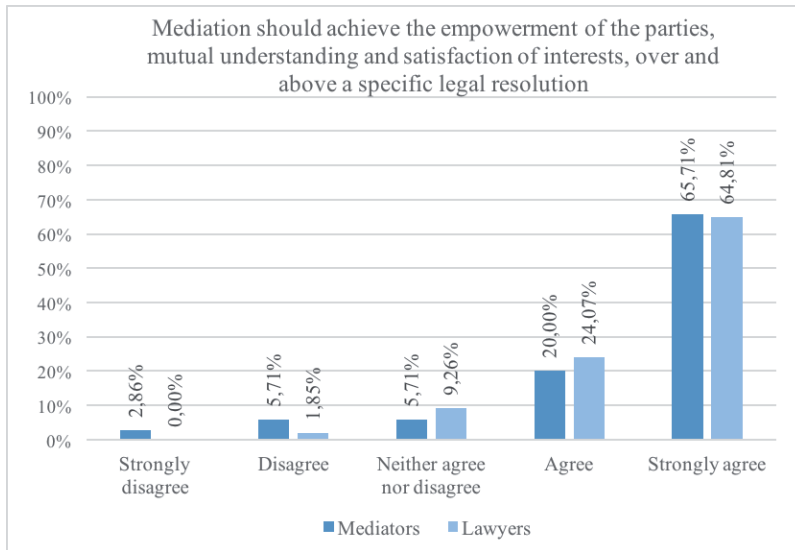
This reflects a tendency to define the problem more broadly, because the perceptions of the parties on the conflict will have more value than the evidence which they have to demonstrate their claims in a judicial process. This response seems to indicate that lawyers and mediators see mediation as a procedure that resolves disputes whose nuances are not exclusively legal.

Eventually, this could imply that neither mediators nor lawyers consider the possible risks, from the perspective of the evidence, when going to the courts.

The position of the CNMFJ is interesting in such a way that has adopted a neutral position recognizing the value of taking into account the analysis of reality, which implies that they leave the scope of perceptions, which is subjective, to address the issues based on objective criteria.

4.3.3. Focus on personal issues

At the time of defining the problem, both lawyers and mediators, were also placed at the third level of amplitude. Thus, they considered that mediation should achieve the empowerment of the parties, mutual understanding, and satisfaction of interests, over and above a specific legal resolution. 85,71% of mediators and 88,88% of lawyers agree to incorporate these issues into the mediations.



Comparative bar graph of the responses of mediators and lawyers to the question "Mediation should achieve the empowerment of the parties, mutual understanding and satisfaction of interests, over and above a specific legal resolution"

It is interesting to observe the CNMFJ's response, which strongly disagreed with this affirmation, arguing that:

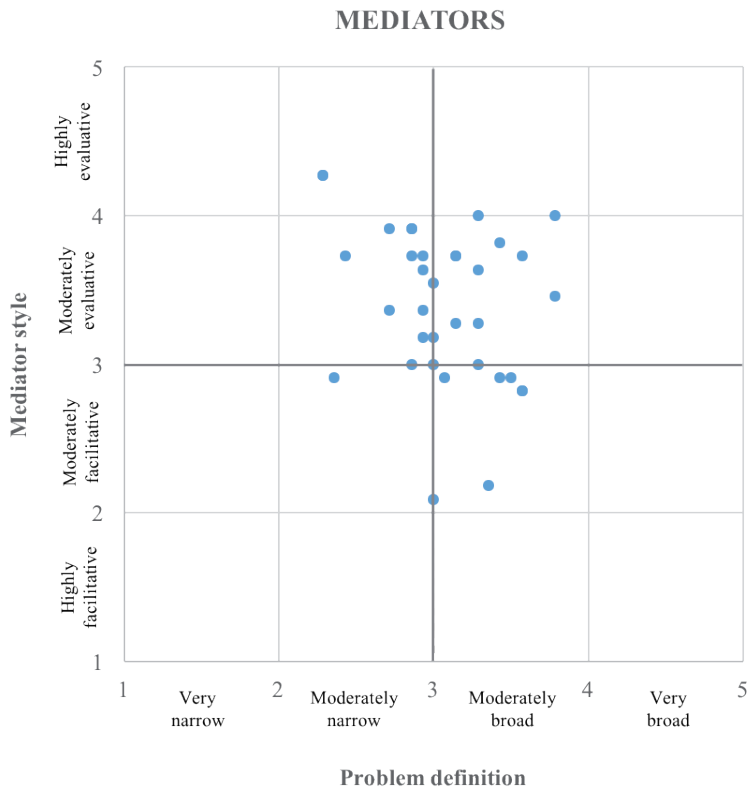
they are not exclusive and independent objectives of mediation, empowerment of the parties, mutual understanding or satisfaction of interests but, if these objectives are achieved during mediation; the logical and natural consequence is that reached agreements resolve specific legal conflicts. Both are as important (2016)..

The result of the survey did not show a marked tendency with respect to the definition of the problem. When answering the questions, lawyers and mediators pointed to narrow and broad definitions of the problem at the same time. It is worth highlighting the position of the CNMFJ, that pointed out that one is as important as the other. Thus, the definition of the problem will depend heavily on the case before us and on how the parties wish to deal with the conflict. The mediators would seem to be moldable to any of the trends when defining the problem, so that they may respond to the expectations of the parties and their lawyers on this case-by-case basis.

4.4. The orientations of mediation in the city of Quito

With the survey, two scatter plots were obtained that reveal the general orientation of both lawyers and mediators. These summarize their preferences regarding the styles and definition of the problem. Both scatter plots reflect a marked tendency towards evaluative style, and a lack of clarity as to the definition of the problem. These results are plotted as follows:

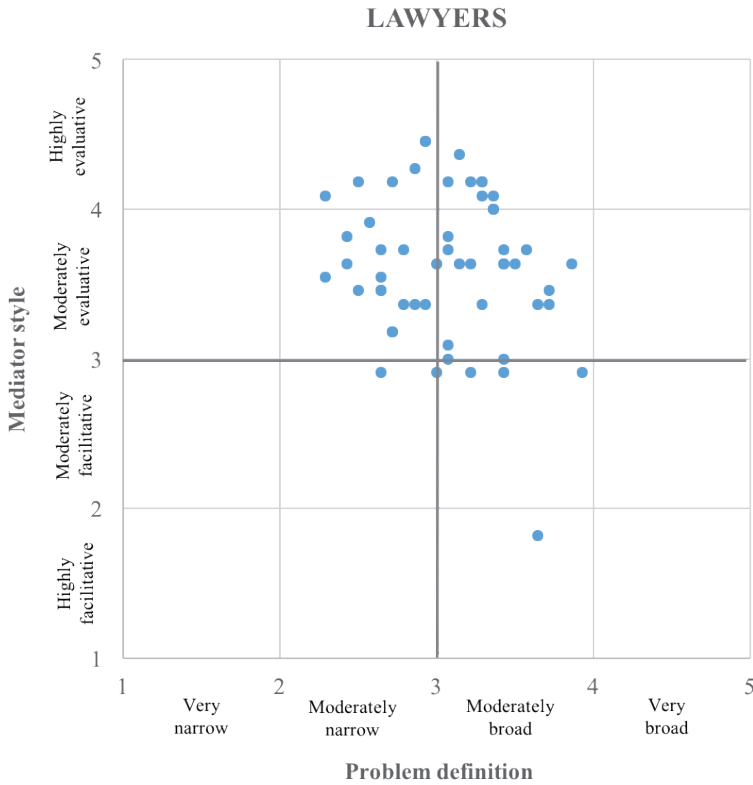
4.4.1. Results of the surveys carried out with mediators



Quadrant in which it is possible to see the orientation of the interviewed mediators

This quadrant reveals a clear tendency of mediators towards the evaluative style, since the vast majority of the results are located in the upper part. Regarding the definition of the problem, this graph shows us that there is no clear trend on how they define it, because the results are scattered along the horizontal axis.

4.4.2. Results of surveys of lawyers



Quadrant in which it is possible to see the orientation preferred by the surveyed lawyers

As for attorneys, the trend towards an evaluative style is even clearer. In fact, with one exception, the only points below the horizontal axis are extremely close to the limit. Regarding the definition of the problem, as with mediators, there is no definite trend, since the results are scattered on the left and right sides of the quadrant regardless.

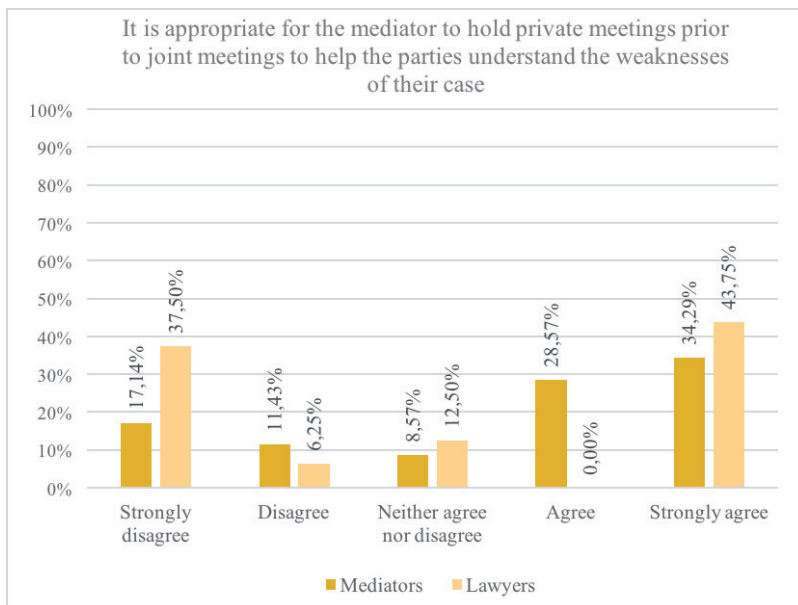
4.5. Other relevant procedural techniques employed in the city of Quito

Another component of the survey aims to identify other relevant procedural techniques used in mediation, such as the use of private meetings and the mediator’s contact with the parties before the hearing.

4.5.1. About private meetings

Some models of mediation are conducted exclusively in a joint hearing (especially mediations where the definition of the problem is broad); others, however, are carried out only in private meetings (especially mediations oriented to evaluative styles with narrow definition). Finally, other models combine both joint and private sessions with the objective to have a greater range of techniques available.

Of the respondents, 62,86% of mediators and 43,75% of lawyers agree to use private meetings with the parties prior to the joint meetings to help them understand the weaknesses of their case. In turn, 28,57% of the mediators and 43,75% of lawyers disagree with this practice.



Comparative bar chart of mediators and attorneys’ responses to the question “It is appropriate for the mediator to hold private meetings prior to joint meetings to help the parties understand the weaknesses of their case”

Consequently, there is no consensus on the appropriateness of using private meetings. In fact, the percentages of lawyers agreeing and disagreeing with the use of the practice are identical, indicating that their preferences are not uniform. Mediators, on the other hand, do show a favorable tendency to use private meetings. The CNMFJ agrees with the statement, motivating that:

Separate meetings are important and very useful, depending on the case; however, they are not the main tool of mediation. Therefore, the mediator should apply it, as many times as necessary, but it is designed in such a way that the parties can talk to each other because they have voluntarily come to the mediation hearing (2016)¹⁰.

These responses seem to reflect flexibility in the handling of mediation.

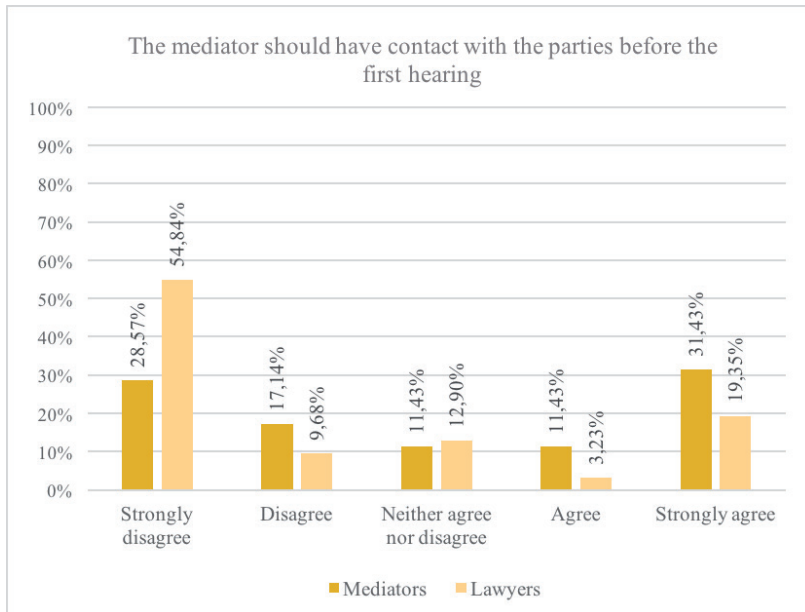
4.5.2. On the mediator’s contact with the parties before the hearing

In the United States, mediation includes a stage of convening¹¹, which implies that the mediator or its assistant “set the table” to negotiate. For this purpose, the parties are contacted prior to the hearing, among others, to verify who would attend, to confirm the date and place, to define the topics to be discussed, to agree on the possibility of presenting briefs with the legal positions of the parties, determine how the mediation will take place (whether there will be joint hearings, presentations by the parties or otherwise). This phase of pre-mediation has not been fully accepted in our practice. 42,86% of mediators and 22,58% of lawyers agree that the

¹⁰ This quote has been translated from Spanish by the authors.

¹¹ For more information visit Krivis, J. (1999).

mediator should have contact with the parties before the first hearing. On the contrary, 45,71% of mediators and 64,52% of lawyers do not agree with this practice.



Comparative bar chart of mediators and attorneys' responses to the question "The mediator should have contact with the parties before the first hearing"

Probably these results have to do with the fear of compromising the neutrality of the mediator. The CNMFJ has stated that it strongly disagrees with the statement, since it considers that: "it is a fundamental mission of the mediator to ensure neutrality and impartiality in the exercise of its task throughout the mediation process" (2016). Thus, the CNMFJ fears that previous contact with the parties may be detrimental and violates the neutrality and impartiality of the mediator, arguing that:

[I]t is not considered useful for the mediator to maintain contact with the parties before the first hearing, except for a telephone call or email that has its sole intention of confirming the parties' attendance at the hearing of mediation (2016).

5. Conclusions

20 years have already passed since the promulgation of the Law of Arbitration and Mediation; and Ecuador has generated an important mediation practice. The present investigation sought to decipher the predominant orientation in mediation, preferred by both mediators and lawyers who attend the hearings. Many of the techniques that are used in mediation depend on this orientation.

The orientation of mediation is based on the style of the mediator (facilitative or evaluative) and the definition of the problem (narrow or broad). Originally mediation was conceived as a space where the facilitator enables the resolution of a conflict that goes well beyond the parties' positions to focus on interests (broad definition). With time and the more active incorporation of lawyers into mediation procedures, practice has been transforming this initial vision to a more evaluative style and narrower definition of the problem. Today, mediators have a wide range of strategies and techniques that can be used to achieve dispute resolution at

different levels.

For the present research, we conducted a survey for mediators and lawyers from the city of Quito, to generate an initial approach on what would seem to be the orientation that they lean towards mediation. The result shows that those who answered the survey demonstrate a clear tendency towards an evaluative style, with lawyers being even more evaluative than mediators. The institutional vision of the CNMFJ maintains a commitment to a more pure or initial style of facilitative mediation.

Likewise, respondents did not demonstrate a marked tendency with regard to the definition of the problem, evidencing total flexibility on the elements that can be part of the conversation within a mediation hearing.

Finally, there are some discrepancies between the expectations of lawyers and the practice of mediators. Besides, there are issues that will be unveiled with practice, such as the greater specialization of our profession in the future, which will include the pre-mediation phase and the emphasis that this will be given, and the possible use of private sessions over the joint ones. Time and development of mediation will shape these issues forward on.

Bibliographic references

- Alexander, N. (2006). *Global Trends in Mediation*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Brown, C. (2002). Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4 (2), 279-395.
- Davis, J., and Lynne Omlie. (1985). Mini-Trials: The Courtroom in the Boardroom. *Willamette Law Review*, 21, 521-532.
- DeVries, D. (2013). Mediation: Understanding Facilitative, Evaluative and Directive Approaches. <<http://www.dkdresolution.com/articles/Mediation.Understanding.3.1.pdf>>.
- Fisher, R. y Keashly, L. (1991). The potential complementarity of mediation and consultation within a contingency model of third party intervention. *Journal of Peace Research* 28, 29-42. DOI:<https://doi.org/10.1177/0022343391028001005>
- Folberg, J. (2015). Development of Mediation Practice in the United States. *Revista Iuris Dictio*, 14, 35-39
- Golann, D., and Corman, M. (2010). Using evaluations in mediation, en AAA Handbook on Mediation, *American Arbitration Association*, 247, 327-341.
- Gonzalo, M. et al. (2011). *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Ed. Dykinson, S.L.
- Gozaíni, O. (1995). *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- (2001). La mediación y el arbitraje en Argentina: situación actual. *THEMIS Revista de Derecho*, 43, 93-104.
- (2009). La mediación: una nueva metodología para la resolución de controversias. Ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Derecho Procesal*, La Habana.
- Hill, C. (2012). Achieving the Promise of Mediation. *Mediate*, September 2012, <<https://www.mediate.com/articles/HillC3.cfm>>.
- Izuzquiza, M. (2008). El conflicto: diversos sistemas de resolución. *Cartapacio de Derecho*, (15), 1-13.
- Kovach, K. K., y Love, L. P. (1996). “Evaluative” mediation is an oxymoron. *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 14 (3), 31-32. <<https://doi.org/10.1002/alt.3810140304>>.

- Kravis, J. (1999) The Five Stages of Mediation. *Mediate*. December 1999, <<http://www.mediate.com/articles/kravis.cfm>>.
- Kravis, J., y McAdoo, B. (2000). A Style Index for Mediators. *Mediate*, August 2000, <<http://www.mediate.com/articles/kravis4.cfm>>.
- Legal Information Institute (2007). Alternative Dispute Resolution. *Legal Information Institute*. <https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution>.
- McGuinness, C. et al. (2010). *Alternative dispute resolution: Mediation and Conciliation*. Dublin: Law Reform Commission.
- Moore, C. (1988). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey Bass.
- Nauss Exon, S. (2007). Effects That Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation. *University of San Francisco Law Review*, 42, 577-620.
- Poveda, G. (2006). *Medios Alternativos de Solución de Conflictos en Ecuador: La Mediación* (Tesis de Grado). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Riskin, L. (1996). Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: A grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, 1, 7-51.
- (1994). Mediator Orientations, Strategies and Techniques. *Alternatives*, 12, 111-114. <<https://doi.org/10.1002/alt.3810120904>>.
- Roberts, K. (2007). Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why Both Parties Are Wrong and a Proposal for Settlement. *Loyola University Chicago Law Journal*, 39, 187-213.
- Roberts, M. (2002). Choosing The Right Mediator: A Guide to Effective Mediation Style, *Mediate*. March 2002, <<http://www.mediate.com/articles/roberts3.cfm>>.
- Sher, M. (2012). *The High Cost of Failing to Prepare for Mediation*, June 2012, <<https://www.mediate.com/articles/SherM5.cfm>>.
- Skjelsbaek, K. (1991). The UN Secretary-General and the mediation of international disputes. *Journal of Peace Research*, 28 (1), 99-115. <<https://doi.org/10.1177/0022343391028001010>>.
- Smith, J.D. (1994). Mediator impartiality: banishing the Chimera. *Journal of Peace Research*, 31 (4), 445-450. <<https://doi.org/10.1177/0022343394031004006>>.
- Vado, L. (2003). Medios alternativos de resolución de conflictos, *CEJA Américas*, 369-389. <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>>.
- Wyckoff, A. P. (2000). An Investigation into the “facilitative-evaluative” debate regarding mediator styles. *Scholar Works at University of Montana*, 1-61.
- Zumeta, Z. (2016). Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation, *Mediate*, July 2016. <<http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>>.

Legislation

- Asamblea Nacional de la República de Ecuador (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)*. 9 de marzo de 2009.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 90*. Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional de la República de Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190*. Registro Oficial N. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Consejo de la Judicatura. (2013). *Plan Estratégico de la Función Judicial*. <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/PLANESTRATEGICOFJ.pdf>>.

Iuris Dictio.

Revista de Derecho

Nº 20, DIC. 2017

ISSN: 1390-6402

E-ISSN 2528-7834

Reseñas

Re-
señas.

USFQ

Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano. Ignacio De Casas y Fernando Toller (2015). México: Editorial Porrúa

HÉCTOR JOSÉ MIGUENS
Universidad Austral – CONICET

La ex Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión, Catalina Botero, expone en su prólogo a la obra la razón de ésta: que el sistema interamericano había formulado la “regla de exclusión” de las personas jurídicas de la jurisdicción de la Comisión y la Corte. Frente a esta exclusión, los autores de *Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano* ofrecen argumentos que *de lege lata* y *de lege ferenda* permitirían incluir a las personas jurídicas en el alcance de su jurisdicción. En otros términos, la obra trata, por un lado, sobre la cuestión de la adecuada protección en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de las personas naturales que sufren lesiones como efecto conexo de vulneraciones a derechos de entes colectivos; y, por otro lado, sobre las personas jurídicas como sujetos titulares de derechos convencionales y legitimados para solicitar su tutela ante tribunales internacionales del mentado sistema.

El trabajo analiza pormenorizadamente toda la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la negación de la protección de las personas jurídicas al haber entendido —con avances y retrocesos históricos en su devenir— que el Pacto de San José de Costa Rica sólo protege al ser humano, dejando de lado a las personas jurídicas. De este modo, han negado de una u otra forma la participación de las personas morales como víctimas de violaciones de sus derechos humanos en esa sede internacional. Por otra parte, esa jurisprudencia pone de manifiesto que, como un efecto de la doctrina denegatoria de derechos sustanciales y de la tutela procesal a las personas jurídicas, las personas individuales relacionadas con un ente colectivo (como fundadores, miembros, socios, asociados, dueños, empleados, etc.) también han encontrado en los órganos del Sistema o bien una negativa o bien una protección incompleta cuando han sufrido un agravio en sus derechos como lesión manifiesta de violaciones directas a los derechos de las personas morales con las cuales se relacionan en tales caracteres.

En apretada síntesis, el andamiaje argumentativo a favor de la protección sustancial y procesal de las personas de existencia ideal en esa sede internacional, que propone el texto, puede esquematizarse de la siguiente manera:

1. La aplicación de dos rígidas reglas con un excesivo formalismo, a saber: la no legitimación de las personas jurídicas y el agotamiento de los recursos disponibles en sede nacional por parte de la víctima. Ambas han hecho, en la práctica, que en el continente americano haya graves vulneraciones a las libertades que no podrían ser denunciadas ante los organismos tuitivos de la Organización de Estados Americanos. Ello implica una retrogradación de tales entes morales, que son sujetos de derecho desde Roma hasta nuestros días, en sede nacional.
2. Paralelamente con lo anterior, tales agravios no podrían ser ventilados en juicio internacional ante la Comisión por las personas naturales que son sus víctimas secundarias o por conexidad, ya que en jurisdicción interna usualmente no fueron parte de los procesos. Mientras que el ente moral goza de protección interna, la



- persona física, en cambio, al no ser agraviada directa, no pudo ser parte en esos recursos internos, ni de manera solitaria ni en conjunto con la persona jurídica lesionada. En virtud de esto, la persona individual no habría agotado los recursos internos y por tanto no tendría derecho a accionar en busca de tutela ante los órganos interamericanos. Ello es reprochable desde el punto de vista internacional.
3. Si bien hubo diversos períodos en la evolución de las respuestas de la Comisión y de la Corte Interamericana a estos problemas, lo cierto es que en la actualidad la única posibilidad en que estos casos logren entrar al Sistema es mediante el camino de circunvalación que pasa por proteger los derechos de las personas humanas que integran los entes morales o que están relacionadas con ellos. Ello ofrece un grave incómodo a la defensa de tales derechos humanos que es menester simplificar, efectivizar y garantizar.
 4. Hubo un período anterior a 1991, al menos desde 1978 a 1987, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió a personas jurídicas como víctimas *per se* y sus fundamentos son aplicables en otros casos análogos, *mutatis mutandis*. Por otra parte, los casos del mencionado período se dieron bajo el régimen exclusivo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues en los respectivos países no estaba entonces vigente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello *a fortiori* esa protección y esos fundamentos son aplicables por analogía al actual Sistema.
 5. Una razonable interpretación literal de la Declaración Americana muestra que ella sí permite que las personas jurídicas sean titulares de los derechos que ella consagra, lo que está patente en los fundamentos de la jurisprudencia acogedora de la protección, en el período de 1978 a 1987, la que lógicamente es plenamente aplicable en tal sentido.
 6. Es criticable la doctrina y jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana respecto de una interpretación restringida del Artículo 1.2. de la Convención Americana, que entiende que de acuerdo a esa norma el Pacto de San José sólo protege a personas humanas. En esos casos, resueltos entre 1991 y 2001, tampoco se atendió las situaciones de las personas físicas afectadas por ser dueñas o por integrar una persona moral lesionada, puesto que no habían agotado los recursos de la jurisdicción interna. Los autores se explayan sobre esto al analizar ese período, caso por caso.
 7. En un segundo período, desde 2001 a 2010, tales órganos internacionales acogieron violaciones a derechos de personas naturales víctimas indirectas de daños en procesos donde el lesionado directo era una persona jurídica. Se trataba de individuos relacionados con una persona moral afectada, a los que, para poder acceder al Sistema se les solicitó algunos requisitos formales restrictivos de la tutela a brindar. El daño, entonces, no se produce de manera directa sino indirecta, refleja u oblicua y por ende la protección fue limitada ya que, en cada uno de esos casos ambos órganos interamericanos exigieron que las personas físicas interesadas hubieran ejercido algunos de los recursos internos en cabeza propia, en solitario o acompañando las acciones o remedios que las personas jurídicas habían planteado. Ello es objetable por su limitación y por su artificiosidad, lo que deviene en indefensión internacional y por ende es menester corregir.
 8. En un tercer período que va desde 2009 en adelante, se inaugura un criterio práctico para que se admitan casos donde hay personas jurídicas afectadas, al cual los

autores han dado en llamar “principio de legitimación por conexidad en el daño”. Se trata del reconocimiento claro y expreso de que las violaciones a los derechos de un ente colectivo pueden violar, *por conexidad*, los derechos de las personas físicas que reclaman amparo, que son las titulares de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por sus órganos de tutela. No admiten, entonces, a personas morales directamente como víctimas o presuntas víctimas en los procedimientos, sino a sus dueños, accionistas, miembros, trabajadores, asociados, etc. Este principio de conexidad en el daño ha servido, entre otros efectos, para eliminar el requisito del agotamiento de los recursos internos por parte de personas individuales integrantes de personas morales, en todos aquellos supuestos en los que esas personas físicas no fueron parte de los procesos en sede nacional, sino sólo el ente colectivo. La razón implícita de estos pronunciamientos es que, por la conexidad, al haberse discutido en los procedimientos domésticos la causa que produjo el daño a los derechos individuales, se satisfacen las finalidades que protege ese requisito. Estos fundamentos son legítimos para defender la tesis de los autores, pero adolecen del mismo carácter de limitación y artificiosidad que el período anteriormente mencionado.

9. Más allá de lo anterior, los autores descubren en el libro que existen varios *leading cases* que abarcan un período de más de diez años hasta la actualidad, que, bien leídos, muestran a las claras que tanto la Comisión como la Corte también protegieron directamente a una persona jurídica, lo que hicieron tanto en medidas cautelares como en medidas provisionales, tanto en recomendaciones en informes de fondo, como en sentencias sobre el fondo del caso, previniendo o reparando vulneraciones a personas jurídicas que eran conexas con violaciones a derechos de una persona física, a veces porque ésta era la manera de poder tutelar algún derecho de la persona natural, y en otras ocasiones sin siquiera tal necesidad ni finalidad. Y los autores observan que, en cada caso, aunque alguna jurisprudencia de la Corte —acotada a la discusión sobre un derecho— diga que cuando habla de una persona jurídica se refiere a los individuos relacionados con ella, lo cierto es que lo que hizo —en esos casos— fue tomar decisiones atinentes de modo directo a la situación jurídica de personas jurídicas. En nuestra opinión, este aspecto muestra una sagaz apreciación de la jurisprudencia y opiniones de estos órganos internacionales.
10. El libro pone de manifiesto que es menester interpretar ampliamente el principio de conexidad entre la víctima y sus integrantes, evitando caer en una identidad de derechos conjuntos a proteger.
11. La obra desarrolla también una importante excepción a todo lo anterior: el caso de los pueblos indígenas y tribales, en cuyos casos se protegió a las comunidades en sí mismas, como legitimadas directas, reconociéndole la titularidad de derechos colectivos sin apelaciones a lesiones de manera oblicua a sus miembros. Ello denota una falta de coherencia entre lo resuelto sobre esas comunidades y sus derechos, en relación con lo que se afirma en general sobre la exclusividad en la tutela a personas individuales y el rechazo a toda protección a personas morales. Los fundamentos de las respectivas sentencias y opiniones son aplicables a todas las personas jurídicas, por analogía. Por ende, tal aplicación analógica debe ser puesta en acto y tal inconsistencia debe ser superada.
12. Los autores sostienen que el no admitir la tutela de personas morales por daños

directos, por un lado, y el proteger limitadamente a las personas físicas que las integran, con obstáculos innecesarios o requerimientos complicados, por el otro, tiene como consecuencia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos acote inexplicablemente los derechos humanos individuales y colectivos, en aras de una interpretación restrictiva, estática, formalista y no sistemática de la Convención Americana. Por ende, es menester realizar una adecuada interpretación de la misma, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*.

13. Ellos proponen, en consecuencia, que en el Sistema Interamericano se admita abiertamente y de modo directo el binomio de la titularidad de derechos colectivos por personas morales y la legitimación procesal de las personas jurídicas como presuntas víctimas. Esto es posible mediante una relectura del Artículo 1.2. de la Convención, fundada en argumentos histórico-críticos, de lógica, lingüísticos, axiológicos, teleológicos y en un “no cerrarse” a una interpretación dinámica y evolutiva de esa norma. Entre esos argumentos se cuenta con el Artículo 1.2. de la CADH que ha querido que ningún ser humano sea dejado fuera de la categoría de las personas, pero sin pretender negar directamente todo derecho a las personas jurídicas. De hecho, a mayor abundamiento, la versión francesa del Pacto de San José de Costa Rica, que es una de las versiones oficiales, deja claro que ese artículo quiso obligar al reconocimiento de la personalidad a todos los seres humanos y no negarla a los entes colectivos.
14. Existen una serie de razones y de normas convencionales por las cuales el negar derechos y protección a las personas colectivas es contrario a las disposiciones de la Convención, de la Declaración Americana y de varios principios de Derecho Internacional, como el de igualdad y no discriminación, el *pro homine* o el de efecto útil de los tratados, así como los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, de asociación y a la protección judicial efectiva, entre otros. Por ello es menester asegurar la vigencia de tales principios y derechos respecto de las personas jurídicas, a riesgo de cometer una palmaria injusticia formal y material.
15. Una de las razones sistemáticas en apoyo de esta tesis es el Protocolo de San Salvador, que reconoce esa protección y legitimación procesal a los sindicatos y entidades educativas, normativa que a juicio de los autores es análoga al Protocolo facultativo n. 1 al Convenio Europeo para acceder a la Corte Europea de Derechos Humanos y aplicable directamente, al menos, a los países que son parte del Protocolo americano.
16. Más allá del derecho positivo, los autores abundan en la teoría general de los derechos humanos, que avala la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, con la consecuente necesidad de protegerlos. Entre ellos mencionan el derecho de libre asociación de los seres humanos integrantes de los entes morales, siendo que no tendría sentido que los humanos tengan menos derechos luego de asociarse que antes de hacerlo. Por ello, una persona jurídica es titular de derechos fundamentales (o “derechos humanos por analogía”) como medio para lograr la efectiva realización de los derechos de las personas humanas que la integran y que actúan por ella.
17. El principio universal de responsabilidad de la persona jurídica —que hoy abarca hasta aspectos penales— implica como correlato un principio universal de titularidad de derechos —*ubi poena, ibi ius*— y que todo derecho sustancial es acreedor a un cauce procesal de tutela —*ubi ius, ibi actio*—. Esto ocurre paradig-

- máticamente en casos como los referidos a los derechos políticos y sindicales, las libertades de expresión, de educación y religiosa y en ocasiones la propiedad.
18. El libro se hace cargo de los fundamentos en contra de la postura que propone. Sostiene que el temor al colapso tribunalicio o a la desnaturalización del instituto preconizado que esta interpretación pudiera producir no debe encontrarse en la regla de exclusión de las personas jurídicas, fundada en la incompetencia *ratione personae* por las apuntadas razones y por cuanto la competencia *ratione materiae* permite a la Comisión Interamericana descartar aquellos casos no tutelados por la Convención Americana. De este modo se expanden las potencialidades de tutela del Sistema regional y queda sin mengua la selección de los casos a los que se abrirá la instancia, sin excluir *a priori* a ninguna víctima presunta.
 19. En el campo del derecho comparado desarrollan los ejemplos de Estados Unidos, España y Alemania, cuyos ordenamientos domésticos admiten el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Los fundamentos de tales sistemas internos son aplicables al Sistema Interamericano de protección de derechos por analogía, lo que entendemos es justo desde el punto de vista formal y material.
 20. El derecho comparado demuestra también cómo, *a contrario sensu*, negar el mencionado binomio titularidad-legitimación a las personas jurídicas implica la frustración de buena parte del contenido esencial de varios de los derechos fundamentales protegidos a nivel interno e internacional, que los autores detallan.
 21. El otro gran sistema de protección regional, el Sistema Europeo de Derechos Humanos admite sin ambages a las personas jurídicas por así estar expresamente previsto sobre el derecho de propiedad en un protocolo sobre algunos nuevos derechos. Los autores ponen de manifiesto que, bien leído, el Protocolo de San Salvador debería tener los mismos efectos en el Sistema Interamericano que el Protocolo no. 1 europeo.
 22. Por su parte, el Sistema del Comité de Derechos Humanos en el ámbito de la ONU, no admite en principio ese binomio respecto de las personas jurídicas, pero sí lo hace en ocasiones, respecto de las personas individuales que se vieron afectadas indirectamente por daños directos a la persona moral.
 23. Por último, los autores desarrollan el caso de la libertad de expresión como aquél que, en la actualidad, constituye un arquetipo de derecho que en buena medida se ejerce a través de personas jurídicas, protegiendo de ese modo la libertad de información y la de opinión en las Américas, consagradas en el Artículo 13 de la Convención. En este sentido, la libertad de expresión es así especialmente pertinente y trascendente respecto del tema analizado pues se trata de una libertad estratégica para el funcionamiento democrático y para la protección de los otros derechos humanos. Así ha ocurrido en algunos informes de la Comisión y en sentencias de la Corte que han dictado medidas cautelares y provisionales para la protección de medios. Al caso paradigmático de los medios de comunicación dedican los autores el último capítulo de la obra.

En resumen, esta obra bien puede servir de base para un futuro promisorio más justo respecto de la defensa de los derechos sustanciales y procesales de las personas jurídicas, posibles víctimas de violaciones de derechos humanos en el ámbito internacional atendiendo a las actuales restricciones y limitaciones en ese sentido por parte de los órganos del Sistema interamericano,

la Comisión y la Corte Interamericana. Estas libertades y derechos fundamentales, conforme lo apuntado *ut supra*, forman parte de la estructura democrática de las modernas sociedades del siglo XXI que es menester defender. La tesis de esta obra lo logra acabadamente, no sólo desde el punto de vista del derecho positivo, sino también desde el análisis de las cuestiones de justicia inherentes al tema.

Finalmente, las tesis apuntadas pueden permitir la protección más acabada de los sujetos de derecho de existencia ideal en el campo de la empresa y de las entidades sin fines de lucro, sectores económicos que, si bien pueden haber sido relegados en el pasado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, justifican la apertura de nuevos horizontes en esta materia, en base a los principios y normas del derecho interno e internacional, además de las cuestiones de justicia inherentes, como parte de un Sistema abierto a nuevos sectores económicos.

