

## CAPÍTULO SEGUNDO

### APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA

En este capítulo se analiza la protección supranacional de la democracia en el sistema interamericano de derechos humanos. Es conocido que al momento de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), muchos de los países de Suramérica estaban gobernados por dictaduras.<sup>1</sup> Por ello, la sincronización entre la transición a la democracia de las décadas de los ochenta y noventa y la aceptación de la jurisdicción de la CorteIDH significó un avance para la garantía de la democracia en la región y una señal positiva de los Estados de someterse a los estándares supranacionales.<sup>2</sup> Sin embargo, los autores más críticos afirman que la democratización que se delineó como tendencia dominante en los países suramericanos en ese periodo no ha llevado a la construcción, ni tampoco a la realización del Estado democrático de derecho según el modelo europeo y norteamericano.<sup>3</sup> El discurso de la transición del autoritarismo hacia la democracia<sup>4</sup> denota restricciones, que dejan en evidencia más bien una constitucionalización simbólica.<sup>5</sup> En la etapa actual, habiendo transcurrido la transición democrática,

<sup>1</sup> Jorge Rafael Videla en Argentina, Hugo Banzer en Bolivia, Humberto Castello Branco, Arthur da Costa e Silva y la junta militar de Brasil, Augusto Pinochet en Chile, Alfredo Stroessner en Paraguay y Juan María Borderry en Uruguay. Cf. Cerna, C. M., “The Inter-American Commission on Human Rights”, en Smith y Van der Anker (eds.), *The Essentials of Human Rights*, Londres, 2005, p. 184.

<sup>2</sup> Prefacio de Buergenthal, T. y Pasqualucci, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, 2003, p. XV.

<sup>3</sup> Se habla de “una otra institucionalización”, O’Donnell, G., “Uma outra institucionalização”, *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, núm. 37, São Paulo, 1996, pp. 5-31.

<sup>4</sup> Véase, entre otros, Alcántara, M. y Crespo, I. (orgs.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, 1995; O’Donnell, G., “Illusions About Consolidation”, *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, abril de 1996, pp. 34-51.

<sup>5</sup> Neves alude al denominado constitucionalismo bolivariano de modo crítico, pues observa una democracia monolítica. Cf. Neves, M., “La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un

se cuestiona la persistencia de elementos que dificultan la consolidación democrática, entre ellos la desigualdad, la violencia y la debilidad institucional.<sup>6</sup>

No obstante, la tesis principal que intentaré demostrar es que el derecho interamericano<sup>7</sup> se ha configurado en función de la salvaguarda de la democracia en un sentido amplio,<sup>8</sup> que abarca no sólo la arista procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política)<sup>9</sup> sino fundamentalmente la sustancial<sup>10</sup> (vinculada al contenido esencial de los derechos humanos),<sup>11</sup> incluyendo la dimensión social<sup>12</sup> y que procura unos estándares mínimos de exigibilidad<sup>13</sup> con base en la no discriminación. En el contexto interamericano, el principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos inter-

Derecho Supranacional”, *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, en von Bogdandy (eds.), Madrid, 2009, pp. 70 y ss.

<sup>6</sup> Cf. CEPAL, trigésimo tercer período de sesiones, La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Brasilia 2010, pp. 6-7. [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/39710/100604\\_2010-114-SES.33-3\\_La\\_hora\\_de\\_la\\_igualdad\\_doc\\_completo.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/39710/100604_2010-114-SES.33-3_La_hora_de_la_igualdad_doc_completo.pdf).

<sup>7</sup> En la doctrina se introduce el término “Carta Interamericana de Derechos Humanos” aludiendo al omnicomprensivo marco jurídico integrado por todos los instrumentos del sistema. Cf. Fajardo Morales, Z. A., “La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir”, *American University International Law Review*, núm. 25, 2009, pp. 77 y ss.

<sup>8</sup> Arrighi, J. M., “Derecho Internacional y democracia en el Sistema Interamericano”, *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008, pp. 503-521.

<sup>9</sup> Cf. Szmolka Vida, I., “Los régimenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de régimenes políticos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 147, enero-marzo de 2010, pp. 103-135.

<sup>10</sup> En palabras de Ferrajoli sería la democracia sustancial. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, p. 17.

<sup>11</sup> En palabras de Jürgen Habermas, “los derechos humanos hacen posible el proceso democrático, sin el cual ellos, a su vez, no pueden positivizarse y concretizarse en el marco de un Estado Constitucional garantista de los derechos humanos”, Habermas, J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (paper de discusión). Traducción propia.

<sup>12</sup> Arango Rivadeneira, R., “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en von Bogdandy et al. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010, pp. 379-396.

<sup>13</sup> Documento de la OEA-PNUD, La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, disponible en: <http://www.nuestrademocracia.org/pdf/OeaPnud-DemocraciaDeCiudadania-2009.pdf>.

nacionales.<sup>14</sup> Este desarrollo ha ocurrido de forma paralela y complementaria con la condicionalidad política de la OEA, pero a distintas velocidades. La tríada democracia-derechos humanos-elemento social son ideas-fuerza que marcan el constitucionalismo latinoamericano<sup>15</sup> y que guardan correspondencia con los desarrollos del derecho internacional.<sup>16</sup> El propósito es examinar los rasgos básicos y el alcance de dicha protección en la región suramericana.<sup>17</sup>

En la primera parte (I) reviso el contexto del surgimiento del sistema y elaboro una reconstrucción del cambio de paradigma de la promoción a la protección supranacional de la democracia, con una visión panorámica de los principales instrumentos y declaraciones. La Carta Democrática Interamericana (CDI) cristaliza el cambio de paradigma. Este instrumento fue concebido como “una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y demuestra un desarrollo progresivo del Derecho Internacional”.<sup>18</sup> Una vez descrito el origen y estructura de la CDI, se procede a indagar el alcance de lo que denomino el llamado “test de la democracia”, que abarca la tipología de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales del ejercicio democrático establecidos en los artículo 3 y 4 de la CDI.

La segunda parte (II) se dedica al análisis del régimen jurídico de la protección partiendo de la premisa del vínculo entre la protección de la democracia y la protección de los derechos humanos. Los parámetros tuitivos de la CDI se revisan desde su concepción como complemento de la expresión del consenso de los Estados en cuanto al alcance de la democracia. Este consenso no ha estado ajeno al desarrollo del régimen jurídico de los derechos humanos, conformado durante más de seis décadas por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (1948); más de cinco déca-

<sup>14</sup> Criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en su opinión consultiva OC-18/03 de 2003.

<sup>15</sup> De Figueiredo Moreira Neto, D., “Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho. Un estudio de caso en Brasil”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 183, 2010, p. 10.

<sup>16</sup> Cf. Carta de París por una nueva Europa; Declaración universal sobre la democracia, adoptada por el Consejo Interparlamentario en Egipto en 1997.

<sup>17</sup> Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

<sup>18</sup> Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2006, pp. 9 y ss., disponible en: Serie: Difusión de la Carta Democrática Interamericana, <http://www.carlercenter.org/documents/defensacolectivadelademocracia.pdf>.

das de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), más de cuatro décadas de la suscripción del llamado Pacto de San José y más de tres décadas de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y de la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Dada la complejidad de la temática, en este estudio me limito a las premisas de la condicionalidad entre democracia y derechos humanos y a la ilustración de la configuración del *ius constitutionale commune* mediante la protección de dos elementos esenciales de la democracia (derecho a elegir y ser elegido e independencia del Poder Judicial) y a dos componentes fundamentales de su ejercicio en sentido amplio (transparencia a la luz de las amnistías y derechos sociales a la luz de los pueblos indígenas como grupo vulnerable). La selección de tales categorías tiene como sustrato los casos contenciosos suramericanos en los cuales la CorteIDH ha hecho mención de la CDI y el análisis está entrelazado con las garantías de la CADH.

La parte tercera (III) se focaliza en los mecanismos políticos y jurisdiccionales de protección. En el primer supuesto se trata del mecanismo de protección colectiva previsto en la CDI, regulado en losartículos 17 al 20. Se explora el contenido normativo y se toma como referencia el monotípico caso venezolano en la crisis institucional de 2002 a los fines de indagar su aplicabilidad práctica. Por el contrario, el mecanismo jurisdiccional se explica a través de la jurisprudencia tuitiva de la democracia en sentido amplio por parte del órgano supranacional, CorteIDH, sistematizando los estándares respecto a la libertad de expresión, piedra angular de la sociedad democrática. En este marco el propósito central es comprobar el aporte del sistema de derechos humanos en la construcción del *ius constitutionale commune* de la democracia.

Según el Tribunal de San José, no existe democracia sin derechos humanos ni se protegen los derechos humanos sin democracia,<sup>19</sup> de modo que su jurisprudencia está orientada a dar estricto cumplimiento a los parámetros de la sociedad democrática. Esta constelación se seleccionó por constituir la garantía convencional mayormente citada por la CorteIDH cuando alude a la CDI, destacando su carácter de componente fundamental para el ejercicio de la democracia.

<sup>19</sup> Voto Concurrente del juez Alirio Abreu Burelli, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, p. 4.

## I. EL SISTEMA INTERAMERICANO A LA LUZ DE LA DEMOCRACIA

Es válida la premisa respecto a admitir un vínculo con el principio democrático desde los propios orígenes del orden interamericano, aun cuando el sistema nace con el rasgo parodójico de los régimenes dictatoriales imperantes a la fecha. Respecto a la Organización de Estados Americanos (OEA), las primeras iniciativas en *pro* de consagrar mecanismos externos para la defensa de la democracia se destaca su relación de tensión con el principio de la no intervención, ya que permanecían latentes la experiencia y el temor por las diferentes intervenciones realizadas, básicamente por los Estados Unidos de América.<sup>20</sup> Los vaivenes para proteger la democracia han estado marcados por una inspiración en el ideario democrático, la intención de pasar del texto a la práctica y la (re) invención permanente de fórmulas diversas. En este sentido, se persigue reconstruir retrospectivamente la contextualización de la génesis del sistema, incluyendo el carácter coadyuvante del nivel supranacional ejercido por el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (I) así como el enfoque predominante de este tribunal en la ruta trazada para atender el pasado dictatorial, la transición democrática y la consolidación de la democracia (II).

### 1. Contextualización del Sistema Interamericano

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 deja abierto el umbral del derecho internacional de los derechos humanos en el primer considerando de su Preámbulo como es “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. A partir de este instrumento, como bien lo explica Flávia Piovesan, comienza el andamiaje de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reflejan la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados de asegurar un “mínimo ético ireductible”.<sup>21</sup>

Caminos distintos para la tutela de los derechos humanos se siguieron, de acuerdo a las peculiaridades de cada región y la ruta americana no es una excepción, pues obedece auténticamente a sus precedentes, condicio-

<sup>20</sup> Vaky, V. P. y Muñoz, H., *The Future of the Organization of American States*, Nueva York, 1993, pp. 9 y 10. Un análisis sobre la dictadura chilena y los documentos aparecidos con posterioridad, en: *Estados Unidos y el golpe de Estado en Chile contra Salvador Allende*, Santiago, Archivo Chile, 2005.

<sup>21</sup> Piovesan, F., “El derecho internacional de los derechos Humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional”, *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur. Un Compromiso regional*, Montevideo, 2004, p. 81.

nes contextuales, demandas y expectativas particulares, como se mostrará a continuación. Se encuentra un precedente importante en la Conferencia Interamericana de Chapultepec, México, sobre Problemas de la Guerra y la Paz, 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, que incluía declaraciones sobre derechos como la libertad de información.<sup>22</sup> Pero, además de su origen, la reconstrucción del cambio de paradigma de la promoción a la protección perfiló el nuevo rumbo iniciado hace ya más de dos décadas. Es posible identificar la ruta seguida por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuyo avance se dejan ver sus raíces en las convicciones compartidas, determinadas en la Carta de la OEA, la Declaración de 1948, la Convención de 1969, los Protocolos de reforma de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, configurando un *corpus juris* creciente, con la actuación de protagonistas nacionales, supranacionales y no-gubernamentales. Se trata de una trayectoria, con sus ondulaciones, que delinean un movimiento convergente hacia una protección singular de la democracia.<sup>23</sup>

#### A. *Origen y primeros instrumentos alusivos a la democracia: la DADH y la Carta de la OEA*

La aprobación de la Declaración Universal de 1948 marca una tendencia progresiva de los mecanismos menos vigorosos hacia los que ofrecen un mayor grado de garantía y de fuerza vinculante, según lo comenta Pedro Nikken.<sup>24</sup> El desarrollo del constitucionalismo a partir de la Segunda Guerra Mundial, sobre la base de una nueva concepción de los derechos humanos, condujo, como asevera Amaya Úbeda de Torres, a admitir la necesidad de un control internacional del respeto de éstos por parte de los Estados, una vez comprobado que el “Estado ya no es sólo contemplado como el garante y defensor último de los derechos, sino también como el principal violador de los mismos”.<sup>25</sup> Luigi Ferrajoli señala que bajo el prisma del paradigma constitucional o garantista de las modernas democracias constitucionales es

<sup>22</sup> García Ramírez, S., “Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos”, *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, von Bogdandy *et al.* (coords.), México, 2010, pp. 369 y s.

<sup>23</sup> García Ramírez, S., “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 117, 2006, pp. 637-670, p. 640.

<sup>24</sup> Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, p. 39.

<sup>25</sup> Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, p. 41.

posible hablar de la existencia de una garantía supranacional de democracia, una especie de embrionaria constitución del mundo, representada en la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos del Humanos, los dos Pactos sobre los Derechos de 1966 de las Naciones Unidas.<sup>26</sup>

En ésta órbita venían girando los países latinoamericanos, convergiendo en la idea de un orden de paz y justicia. Desde la Conferencia para la Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936) se puso de relieve la defensa de la democracia, en la Conferencia Interamericana sobre problemas de Guerra y de Paz (Conferencia de Chapultepec, México, 1945) se vincula por primera vez en el ámbito regional la democracia, los derechos humanos y la paz y, en el momento fundacional de la OEA, esta organización internacional se convierte en la primera que incluyó el concepto de democracia representativa en su documento constitutivo. En el Preámbulo se enunciaba “Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Del mismo modo se incluyó que el principio de “solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. En palabras de Eduardo Meier García, “independientemente de su origen más o menos genuino, es evidente que desde el mismo momento fundacional la Organización de Estados Americanos y sus predecesores apuntaban a la democracia y a la democratización”.<sup>27</sup>

Fue en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, que los países del continente americano firmaron en abril de 1948, en Bogotá, la Carta de constitución de la OEA y adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), junto a otras resoluciones destinadas a la “Concesión de los derechos civiles de la mujer”, “Concesión de los derechos políticos de la mujer”, “Condición económica de la mujer trabajadora” y se aprobó la “Carta Internacional de Garantías Sociales”,<sup>28</sup> que pudo significar, esta última, el germen de garantía de los de-

<sup>26</sup> Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. T. II: *Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Madrid, 2011, p. 475.

<sup>27</sup> Meier García, E., *Constitucionalismo y protección internacional de los derechos humanos: El caso venezolano*, Getafe, 2012, p. 74 (en prensa).

<sup>28</sup> Sobre la gestación del sistema interamericano, véase el Prólogo de García Ramírez, S., en Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008, p. VII-LXXXVI.

rechos del trabajador en una visión interdependiente de los derechos sociales. Sin embargo, a este instrumento se le atribuye únicamente un reducido valor declarativo, por cuanto no contó con el apoyo de los Estados.

La Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH), al pronunciarse sobre el alcance de los derechos del hombre, dispone que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (artículo XXVIII). Una declaración sin precedentes, pues la Universal llegó meses más tarde.<sup>29</sup>

Independientemente de que la protección en los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en los Estados que sólo son parte de la DADH y de la Carta OEA es asimétrica, la DADH, desde cuyo debate de gestación se controvertía su naturaleza,<sup>30</sup> es hoy un instrumento vinculante para los Estados miembros de la OEA y, por lo tanto, constituye una fuente de obligaciones internacionales, tal como lo ha expresado el Tribunal de San José desde 1989. En los términos expresados por la CorteIDH “la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos especiales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”. Y agrega “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.<sup>31</sup> La Asamblea General de la Organización ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Puede considerarse que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define

<sup>29</sup> Antônio Cançado Trindade, citando a René Cassin, destaca la influencia de la DADH en la DUDH. *Cfr.* Cançado Trindade, A., “The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)”, en Gómez Isa y de Feyter (eds.), *International protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006, p. 491.

<sup>30</sup> Tres tendencias se fraguaron al momento del debate sobre su alcance: como un pacto (Brasil y Uruguay), un documento de naturaleza más bien informativa (Colombia entre otros) y negativa a ultranza de una Convención en virtud de la realidad latinoamericana, como se lee en el informe del relator de la Sexta Comisión de la IX Conferencia Interamericana, citado por: Nieto Navia, R., *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, 1993, pp. 39 y ss.

<sup>31</sup> *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. El valor de la DADH es una verdad inobjetable en el ámbito interamericano<sup>32</sup> que se ha interpretado a la luz de la evolución y de la situación actual del SIDH.

A *grosso modo*, la DADH evidencia una visión integral de los derechos humanos, comprensiva de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,<sup>33</sup> incluso sin separación categórica entre los derechos, sino en un amplio catálogo regulado del artículo I al XXVII. Se prevé la garantía democrática en cuanto al aspecto procesal estipulando los tradicionales derechos políticos, en particular las elecciones, al igual que la garantía material de la democracia, concretamente con los derechos sociales. La DADH refuerza además el valor de los derechos sociales para proclamar una democracia solidaria. Esta concepción se irradió también en la Carta Interamericana de Garantías Sociales, que fue adoptada simultáneamente. Por ello se puede admitir que la DADH recoge el paradigma democrático como ideal común imperante en esa fase histórica, pero a la vez sentó las bases para un futuro régimen protector. De allí que se justifique resaltar la enunciación de los derechos de la DADH, bajo el prisma de la indivisibilidad que proclama:

Derechos civiles y políticos	
Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.	Derecho de sufragio y de participación en el gobierno.

<sup>32</sup> Salvioli, F. O., *El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, México, pp. 680 y ss., disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/45.pdf>.

<sup>33</sup> Cançado Trindade, A., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas”, *Derecho internacional de los derechos humanos, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, San José, 1996, p. 49.

<p>Artículo XXI. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.</p>	<p>Derecho de reunión.</p>
<p>Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.</p>	<p>Derecho de asociación.</p>
<p>Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.</p>	<p>Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.</p>
<p><i>Derechos sociales</i></p>	
<p>Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.</p>	<p>Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.</p>
<p>Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.</p>	<p>Derecho a la educación.</p>

<p>Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.</p> <p>Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.</p>	Derecho a los beneficios de la cultura.
<p>Artículo XIV. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.</p>	Derecho al trabajo y a una justa retribución.
<p>Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.</p>	Derecho al descanso y a su aprovechamiento.
<p>Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.</p>	Derecho a la seguridad social.

La Carta de la OEA marca un paradigma en cuanto a la definición que adopta sobre la democracia representativa al señalar en el Preámbulo que “es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Por otro lado indica que “el régimen de libertad individual y de justicia social debe estar fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, dentro del marco de las instituciones democráticas”.<sup>34</sup> La Corte-IDH por su parte, se refiere a la democracia representativa como “un principio» reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm>.

<sup>35</sup> Cf. La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 34.

En su artículo 2 b) la Carta dispone como uno de sus propósitos esenciales el “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Asimismo, el artículo 3 d) afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. Lo que significa que la promoción de la democracia forma parte de los objetivos de la Organización.

Una década más tarde, pero todavía en la etapa forjadora del sistema en la protección de la democracia en el marco de la OEA, se dictó la Declaración de Santiago de 1959<sup>36</sup> con la intención de enunciar ciertos atributos de la democracia que perfilaban un nuevo rumbo. En el listado que distingue el principio democrático a la época se encuentran:

- (1) El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los Poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; (2) Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres; (3) La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio de la democracia; (4) Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana; (5) Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces; (6) El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano; (7) La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático;(...).

En suma, un atisbo de protección de la democracia sujeta al respeto de los derechos humanos, en procura de justicia social y transcribiendo la cláusula autóctona de no perpetuación en el poder.

#### B. *Cambio de paradigma en la OEA: de la promoción a la protección de la democracia*

Inspirados por una doctrina de la vida digna y produciendo una simbiosis con el diálogo entre la justicia constitucional supranacional y las na-

<sup>36</sup> Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, pp. 4-6.

cionales, en el sistema interamericano se pasó de la no-intervención a la promoción y la protección de la democracia y de los derechos humanos. Diversas reformas tuvieron lugar para avanzar hacia la protección y no sólo a la promoción de la democracia (resolución 1080 (1991), Washington (1992), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000).

Entre los distintos avances, menciono en particular la aprobación de la resolución 1080 en Santiago de Chile (1991) y el Protocolo de Washington en 1992 por tratarse de Resoluciones dirigidas a imponer sanciones a los régimenes dictatoriales. En el plano de la institucionalidad, también debo resaltar la creación de la Unidad de Promoción de la Democracia<sup>37</sup> y el inicio del denominado proceso de Cumbres de las Américas.<sup>38</sup> La primera concebida como una instancia de asesoramiento y la segunda, las Cumbres de las Américas, que reúne a los jefes de Estado y de gobierno del hemisferio, representa un foro trianual de debate del más alto nivel, para afirmar valores comunes (entre ellos principalmente la democracia) y comprometerse a acciones concertadas a nivel nacional y regional.<sup>39</sup> El diálogo y el consenso sirven de ejes a estas Cumbres, mecanismo predilecto de la región para avanzar en la búsqueda de soluciones de problemas colectivos, con una fuerza persuasiva reconocida.

Mediante la Resolución 1080, la Asamblea General de la OEA prevé que el Consejo Permanente deberá ser convocado cuando la democracia en un país miembro esté amenazada, a fin de investigar la situación y tomar las medidas adecuadas. Los Estados americanos articularon, en el Compromiso de Santiago y la llamada Resolución 1080 sobre Democracia Representativa, una respuesta multilateral ante las amenazas de golpe de Estado, creando un mecanismo que cataliza un proceso de consulta regional frente a la interrupción súbita o irregular del proceso institucional democrático o del ejercicio ilegítimo del poder por un gobierno elegido democráticamente en un Estado miembro de la OEA.<sup>40</sup> Apenas un año más tarde la Carta de la OEA quedó enmendada en ese sentido a través del Protocolo de Wash-

<sup>37</sup> Véase Resolución AG/RES. 1063 (XX-O/90), junio de 1997.

<sup>38</sup> Para un análisis evolutivo, véase Ramacciotti, B. M., *Democracia y derecho internacional en las américa*s, Argentina, 2009, pp. 144 y ss.

<sup>39</sup> Desde la Primera hasta la Sexta Cumbre, realizada en abril de 2012, la agenda procura atender los desafíos y problemas de las Américas. Un tema recurrente es la democracia. Véase todos los documentos en la página oficial de las Cumbres. Disponible en: <http://www.summit-americas.org/sextacumbre.htm>.

<sup>40</sup> AG/RES. 1080 (XXI-O/91). Véase Farer, T. (ed.), *Sovereignty, Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, 1996.

ington.<sup>41</sup> Desde entonces, de conformidad con el artículo 9 de la Carta de la OEA, es posible suspender determinados derechos de un Estado miembro, cuando un gobierno electo democráticamente haya sido derrocado por la fuerza.<sup>42</sup>

La imposición de la sanción es una facultad que compete a la Asamblea General de la OEA adoptada, en periodo extraordinario de sesiones, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros y su levantamiento requiere asimismo de la aprobación de los dos tercios, según la Carta de la OEA (artículo 9, letras b y f). En el supuesto del levantamiento no se disponen los requisitos del voto afirmativo ni del periodo extraordinario de sesiones, sino se establece que su entrada en vigor será de modo inmediato (artículo 9, letra c), sin necesidad de comunicación o notificación alguna.

Eduardo Vio formula algunas consideraciones generales sobre la democracia prevista en la Carta de la OEA, a saber: al hacer referencia a la democracia representativa y aunque no se incorpore una definición de la misma, está excluyendo cualquier otra forma o tipo, como serían por ejemplo la democracia directa o la democracia participativa, aunque tampoco amplía en su definición; considera a la democracia como una institución jurídica interamericana “autónoma”, distinta de otras instituciones, como los derechos humanos (artículo 3, letra l); limitada por el principio de no intervención (artículo 3, letra e). Según el autor, de ello se colige que cada Estado miembro de la OEA es competente “para crear la democracia en su seno” así como para “determinar libremente su sistema político, económico y social, debiendo respetar, con todo, la democracia representativa”. El rasgo más importante es que, al regular este instrumento convencional a la democracia, “ésta deja de ser un asunto únicamente de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de sus Estados miembros, para pasar a ser también del ámbito del derecho internacional”.<sup>43</sup>

Con la Carta Democrática Interamericana se dio paso a una visión renovada de la OEA.<sup>44</sup> Quedaba superado un paradigma democrático restric-

<sup>41</sup> A-56: Protocolo de Reformas a la Carta de La Organización de Los Estados Americanos “Protocolo De Washington”, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-56.html>.

<sup>42</sup> En la visión panorámica ya expuesta, se tiene la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985) y Washington (1992), la Resolución 1080 (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000) y la Carta Democrática Interamericana (CDI).

<sup>43</sup> Vio, E., “La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2010, p. 347.

<sup>44</sup> Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004.

tivo, relacionado sólo con el origen electoral del gobierno (democracia de origen), para incorporar un régimen jurídico bajo el prisma de las prácticas y el desempeño (democracia de ejercicio).<sup>45</sup> Se abría camino el concepto de interconexión entre democracia, libertades, derechos sociales y desarrollo integral, más allá de una mera solidaridad y sensibilidad común. La Carta Democrática Interamericana (CDI) cristaliza los avances de los Estados en la vía para construir mecanismos de protección efectiva de la democracia. En la expresión de Beatriz Ramacciotti, la CDI contiene, sistematiza y trata de armonizar las normas que abarcan los propósitos y principios de la Carta de la OEA, las resoluciones de la Asamblea General sobre la materia, bajo una visión “omni-comprensiva” de la democracia.<sup>46</sup>

### C. Dimensión del nuevo paradigma de la protección democracia-derechos humanos

Después del momento constitutivo con la DADH y la Carta de la OEA, el sistema de derechos humanos también evolucionó progresivamente. El nexo entre derechos humanos y democracia marca la diferencia con la CADH. Esta Convención, como lo expresa Meier García, forma parte del andamiaje jurídico e institucional destinado a apuntalar las garantías externas de la protección y promoción de los derechos humanos, y, además, de aquéllas destinadas al control del poder y a la estabilidad democrática.<sup>47</sup> Fue un proceso de cambio, cuyas etapas pueden sintetizarse en cuatro hitos principales desde 1959:

Fecha	Instrumento
1959	Proyecto para crear una Convención Interamericana y creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
1965	Ampliación de las facultades de la CIDH: recibir comunicaciones o quejas individuales.
1967	Reforma a la Carta de la OEA: la CIDH como órgano de la organización.
1969	Convención Americana sobre Derechos Humanos: CIDH y CorteIDH. Entra en vigencia en 1978.

<sup>45</sup> Ramacciotti, B. M., “El nuevo paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas”, *Ius et Veritas*, Perú, 2005.

<sup>46</sup> Ramacciotti, B. M., “La internacionalización de la democracia en el Sistema Interamericano”, *Georgetown University – Universia*, vol. 2, núm. 1, 2008, p. 68.

<sup>47</sup> Meier García, E., *Constitucionalismo y protección internacional de los derechos humanos: El caso venezolano*, Getafe, 2012, p. 105 (en prensa).

A partir de la entrada en vigor de la CADH en 1978, el Sistema Interamericano se caracteriza por una doble estructura y un doble régimen: a los Estados no signatarios de la Convención sino sólo como miembros de la OEA se les aplica la Declaración Americana y cuentan con un órgano de protección (CIDH); los Estados signatarios tienen dos órganos de protección (CIDH y CorteIDH). Se han adoptado además los Protocolos (DESC y Contra la Pena de Muerte) y las convenciones. Todos los instrumentos, incluida la Carta Democrática, constituyen parte del *ius constitutionale commune*.

Una reconstrucción normativa del sistema interamericano permite comprobar un reforzamiento evolutivo de la concepción amplia de la democracia de la CDI y los instrumentos del sistema interamericano. La Convención, al articular un catálogo de derechos y libertades fundamentales, representa el instrumento esencial para la salvaguarda de los derechos en una sociedad democrática. Básicamente prevé derechos civiles y políticos, desde el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad personal, a las debidas garantías judiciales, a la honra y dignidad, la libertad religiosa, de conciencia y de expresión, derecho de reunión y asociación, derecho de sufragio activo y pasivo o la expresa mención a la prohibición de esclavitud y servidumbre. Los pasos escenciales andados para hacer efectivo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” se dan apenas a fines del milenio. Más de 10 años desde la adopción, más de 15 años hasta la activación del mecanismo de Informes y apenas en el 2012 se produce la aprobación de los indicadores de DESC. La evolución cronológica indica:

Paso	Año
Adopción del Protocolo DESC	1988
Entrada en vigor del Protocolo DESC	1999
Carta Democrática Interamericana	2001
Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador	2005
Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de DESC	2008
Constitución del Grupo de Trabajo (GT) para elaborar los Indicadores de Progreso	2010
Indicadores para la medición de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador	2012
Carta Social de las Américas	2012

El Protocolo de San Salvador, que entró en vigor en noviembre de 1999, ha sido ratificado por 15 Estados miembros. Hasta la fecha, de los países suramericanos objeto de estudio, sólo Chile y Venezuela no lo han ratificado. El instrumento estableció el compromiso de los Estados partes de la OEA para elaborar informes periódicos sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento del Protocolo. Un impulso decisivo para avanzar en esta materia se recogió en el artículo 13 de la CDI al contemplar la promoción y observancia de los DESC como “consustancial a la consolidación de la democracia”. Sin embargo, a pesar del consenso de los Estados y de la gravedad de los datos estadísticos sobre la pobreza (según la OEA, el 34 % de la población americana, unos 300 millones de personas, es pobre), los avances en cuanto a la determinación de los criterios para los informes nacionales han sido lentos y es en el 2012 cuando se aprueban los indicadores DESC, que efectivizan estos derechos, y la Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea realizada en Cochabamba, Bolivia.<sup>48</sup> Ambas iniciativas obedecen a “una concepción amplia de la democracia, que trasciende los límites del régimen político, y viene acompañada por una visión extendida de la ciudadanía”.<sup>49</sup>

No es un paso menor, porque el trasfondo es llenar las falencias que había dejado la deficiente inclusión de los DESC en la Convención Americana y avanzar en hacer efectivo el mecanismo fundamental de seguimiento del Protocolo de San Salvador. Era indispensable una metodología de seguimiento y reporte para que los Estados cumplan con sus Informes. Los “Indicadores de Progreso para la medición de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, específicamente los indicadores del derecho a la seguridad social, salud y educación, representan una concretización muy positiva y para ello ha sido determinante el papel que ha jugado la participación de la sociedad civil y las ONGs bajo el lema de tomarse los DESC en serio y advirtiendo que no admiten más espera.<sup>50</sup> Considero que tanto los Indicadores como la Carta Social de las Américas representan una forma de poner en práctica lo establecido en el artículo 13 de la CDI y comprueba el argumento de la progresiva construcción de *ius constitutionale commune*

<sup>48</sup> Cumbre de Cochabamba, junio de 2012.

<sup>49</sup> Décimo aniversario de la Carta Democrática Interamericana. Un compromiso hemisférico con la democracia, OEA, pp. 24 y 25. Disponible en: <http://www.oas.org/docs/publications/Decimo%20Aniversario%20de%20la%20Carta%20Democratica%20Interamericana.pdf>.

<sup>50</sup> Véase Campaña de la sociedad civil para la aprobación de los indicadores de seguimiento al Protocolo de San Salvador. Los derechos económicos, sociales y culturales no admiten más espera. *De Justicia*, abril de 2012.

democrático intrínsecamente enlazada con la dimensión social, aunque la velocidad sea distinta a la deseada.

La concepción de la Carta (CDI) se enlaza con el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano que ha desarrollado una jurisprudencia con base en criterios que se irradian hacia la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los Estados partes del Pacto de San José, mediante el ejercicio no sólo de su competencia contenciosa, sino también en el marco de su competencia consultiva, fijando estándares para viabilizar ese cambio de paradigma de la promoción a la protección recogido en la CDI y en todos los instrumentos del SIDH. Lo novedoso del enfoque que propongo radica en no ser fragmentado entre la protección colectiva de la democracia en los términos de la CDI y el SIDH, sino más bien conectado con la evolución de ese sistema. Sobre este punto insistiré más adelante en este mismo capítulo.

Por ahora basta reiterar que, con una estrategia paso a paso, la Cor-teIDH ha contribuido de modo determinante en la instrumentación del concepto de democracia en sentido material, vinculada a la salvaguarda de los derechos humanos, entendidos éstos desde su indivisibilidad. Óscar Parra ordena los escenarios en los que han tenido lugar los casos contenciosos en tres etapas: atendiendo al contexto dictatorial (primera etapa en los años 70-80), a la transición democrática (finales de la década de los ochenta en adelante) y al periodo de las democracias relativamente estables con temas emergentes (nuevo milenio). Claro está que no tienen una continuidad lineal, sino que, especialmente durante los últimos años, confluyen casos sobre violaciones graves y sistemáticas con litigios relacionados con temas emergentes y estratégicos.<sup>51</sup>

## 2. *La Carta Democrática Interamericana (CDI)*

El nuevo milenio se inauguró en el Continente con un instrumento recoge el consenso sobre la concepción amplia de la democracia en la CDI.<sup>52</sup> Ésta “fue concebida como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la carta fundamental de la OEA en materia de democracia represen-

<sup>51</sup> Parra, O., “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rey (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, 2012, pp. 363-416.

<sup>52</sup> Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006, pp. 9 y ss., Serie: *Difusión de la Carta Democrática Interamericana*, disponible en: <http://www.cartercenter.org/documents/defensacolectivadelademocracia.pdf>.

tativa, y representa un desarrollo progresivo del derecho internacional”.<sup>53</sup> Es un instrumento que representa la cúspide en el avance de los Estados en la vía para construir mecanismos de protección efectiva de la democracia.<sup>54</sup>

La CDI es un hito en la historia democrática del hemisferio. Abarca múltiples alcances como se ha afirmado, sentando nuevos paradigmas: en lo político se pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana; en lo histórico, ve hacia el futuro desde su pasado y antecedentes; en lo social aspira a satisfacer el derecho a la democracia que sienten los pueblos de América y en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, su condición es particular al entenderse como instrumento de actualización e interpretación de la Carta fundacional de la OEA. En la Carta se les concede a los pueblos de América el derecho a la democracia.

En la opinión de Diego García “se ha consolidado gradualmente la concepción de que no existe oposición entre el principio de no intervención, la defensa de la democracia y los derechos humanos, entre otras razones porque los compromisos en materia de defensa de los derechos humanos y de la democracia son contraídos por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía”. Para el juez de la CorteIDH asistimos en la actualidad “al desarrollo y profundización de los derechos políticos identificándose, incluso, lo que algunos han denominado el “derecho humano a la democracia”. Ese desarrollo se expresa en la Carta Democrática Interamericana, el instrumento jurídico que el sistema interamericano ha generado para fortalecer la democracia y los derechos a ella vinculados, en cuyo primer artículo se estipula que “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana.

<sup>54</sup> OEA, Carta Democrática Interamericana, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) (11.09.2001). La CID está dividida en seis capítulos, a saber: I. la democracia y el sistema interamericano; II. La democracia y los derechos humanos; III. Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV. Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V. la democracia y las misiones de observación electoral; y VI. Promoción de la cultura democrática. Se señala que los tres primeros capítulos constituyen la parte dogmática de la Carta, mientras los tres últimos definen los mecanismos relativos a los procedimientos de la OEA para su aplicabilidad.

<sup>55</sup> Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 6 y 7.

La CDI establece en los artículos 17 a 22 un mecanismo para su implementación.<sup>56</sup> Además, la Carta permite tomar medidas incluso en aquellos casos en los que las instituciones democráticas queden debilitadas, aun sin llegar a una caída forzosa del gobierno. Si bien la Carta Democrática, como resolución de la Asamblea General, carece de carácter inmediatamente vinculante, justamente el mecanismo de imposición normado en ella para proteger la democracia adquiere vinculatoriedad porque es considerado como precisión del artículo 9 de la Carta de la OEA al invocar el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>57</sup>

### A. *Origen de la CDI*

La carta democrática se aprobó el 11 de septiembre de 2001 por aclamación, una vez que el secretario de Estado Colin Powell comentaba la tragedia ocurrida en el World Trade Center de Nueva York y decía que la mejor muestra de solidaridad se expresaba con la firma de la Carta Democrática, para demostrar el apego del hemisferio a los principios.<sup>58</sup> Pero el proceso embrionario y de gestación también estuvo imbuido de innovación y creatividad.

Con referencia a la elaboración de la Carta, la literatura especializada en el tema coincide en que el proceso fue corto pero complejo y su trasfondo era la misión de la OEA en Perú en el año 2000, durante la grave crisis democrática provocada por Alberto Fujimori. Avanzar en la protección supranacional de la democracia era un objetivo claro.<sup>59</sup> Detrás de los bastidores, la diplomacia que caracterizó la gestación de la CDI también adoptó el mestizaje típico de la región, pues combinó la diplomacia de tipo *top-down* (multilateralismo de club) con nuevos elementos *bottom-up* (diplomacia llamada multilateralismo de red- *networked multilateralism*) y de relaciones

<sup>56</sup> Nikken Bellshaw-Hóogg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006, pp. 9 y ss.

<sup>57</sup> Lagos, E. y Rudy, T., “In defense of democracy”, *The University of Miami Interamerican Law Review*, núm. 35, 2004, pp. 283-304.

<sup>58</sup> Powell, C. L., “Reflexiones sobre la Carta Democrática Interamericana”, *Américas*, vol. 63, núm. 4, julio-agosto 2011, pp. 32 y ss.

<sup>59</sup> En la literatura especialidad de la ciencia política se inscribe bajo la nomenclatura del Régimen Democrático Interamericano (REDI) y la norma democrática. El REDI, también llamado Paradigma de Solidaridad Democrática, es el régimen colectivo para la defensa de la democracia en las Américas, *Cfr.* Cooper A. F. y Legler T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006, p. 2; Farer, T. (ed.), *Sovereignty, Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, 1996, pp. 1-25.

horizontales transfronterizas, que ampliaron la legitimidad del instrumento. Entre los rasgos definitorios del proceso preparatorio de la CDI se enuncian la ruptura de las dinámicas tradicionales de cooperación estado céntrico así como la inclusión de la sociedad civil y de las ONG (no limitada a actores estatales), todo con el fin de alcanzar el propósito de incluir la defensa colectiva de la democracia en la región.<sup>60</sup>

La cesión de un mayor poder a favor de la OEA para que vigile e intervenga pacíficamente a escala nacional en defensa de la democracia, acorde con otras esferas regionales como la europea, se cristalizó de modo singular en la regulación del llamado “derecho a la democracia”. De allí que la Carta tuvo como nutriente las experiencias histórico-culturales de los Estados parte de la OEA, enriquecidas por los procesos colectivos de aprendizaje que se plasmaron en los principios constitucionales y valores que los respaldan, entendidos en la doctrina como “preferencias colectivas”. Dentro de estas preferencias colectivas los principios democráticos y del Estado de derecho junto a la paz y la seguridad así como el respeto a la dignidad humana son los ejes determinantes.

Las disposiciones de la Carta tienen la función de ser una especie de “cláusula de corte transversal” constitucional que deben permear la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, garantizando la gramática de la democracia.<sup>61</sup> Existe una “cultura común” que se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del hemisferio.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Neus Ramis, *La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción*, Institut Català Internacional per la Pau, ICIPI Working Papers 2010/07, Barcelona, noviembre 2010, pp. 17 y ss.

<sup>61</sup> Todas las Constituciones establecen el principio democrático, a título de ejemplo las tres más recientes, artículo 2 de la Constitución de Venezuela (1999) dispone que “se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”; según el artículo 1 de la Constitución de Bolivia (2009), “se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías...”; conforme al artículo 1 de la Constitución del Ecuador (2008), “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”. Algunas consideraciones críticas se aprecian en Alcántara y Crespo (eds.), *Los Límites de la Consolidación Democrática en América Latina*, Salamanca, 1995; También Neves, M., “Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse”, *Verfassung und Recht in Übersee*, núm. 29(3), 1996, pp. 309 y ss.

<sup>62</sup> Las jurisdicciones constitucionales, aun cuando sean ejercidas por Cortes Supremas, están en sintonía con la jurisprudencia de la CorteIDH. Para un ejemplo, véase el caso

### B. *Estructura de la CDI*

A los fines de la presente investigación el eje central a resaltar es la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos (artículo 7 y 8), en interdependencia con lo social (artículos 11 al 13). La clave, no obstante, la brinda el test de la democracia, denominación que empleo para referir los elementos esenciales de la democracia representativa (artículo 3) y los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4). En la primera categoría se ubican 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; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos. La segunda categoría comprende la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

En la línea argumentativa de este trabajo vale la pena poner de relieve que, según el artículo 7 de la CDI, la democracia “es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”. Se refuerza el nexo entre democracia y derechos humanos en el artículo 8.2 de la CDI cuando se establece la intención de los Estados miembros de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio”.

Igualmente Conforme al artículo 12, la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia. La Carta avanza en el

Argentino, vid. Simón, julio Héctor y otros – Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 2005-06-14 – Fallos: 328:2056.

pronunciamiento específico en cuanto a los DESC y dispone en el artículo 13 que “La promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio”.

A modo de síntesis y siguiendo a Eduardo Vio, para que pueda ejercerse el derecho a la democracia previsto en el artículo 1 de la CDI y cumplir las obligaciones derivadas de la concepción de democracia contenida en la Carta de la OEA, se deben considerar los factores que la democracia fundamenta o sustenta. Propone en esta categoría: el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas (inciso 2, artículo 1); el Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados miembros de la OEA (artículo 2), y el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos (artículo 7). Agrega el autor que la CDI agrupa los factores que inciden o influyen en la democracia, enumerando entre ellos

...“la participación permanente, ética y responsable de los ciudadanos en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” (artículo 2), siendo “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo”, un “derecho” y una “responsabilidad” (artículo 6) y también una “condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio” de aquélla (artículo 2); “la eliminación de toda forma de discriminación”, “la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas” (artículo 9); el “ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo” (artículo 10); el “desarrollo económico y social” (artículo 11); “la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano” (artículo 12); “la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 13); “la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente” (artículo 15); y la “educación” (artículo 16).<sup>63</sup>

Este amplio espectro es la base sobre la cual se construye el *ius constitutionale commune* de la democracia, en su vínculo inexorable con los derechos humanos, pero particularmente con los derechos sociales.

<sup>63</sup> Vio, E., “La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2010, p. 350.

### C. Aproximación al impacto de la CDI

La CDI se ha convertido en un instrumento fundamental para la defensa, protección y mejoramiento de las democracias de los pueblos de las Américas, que son sus destinatarios. Pueden mencionarse tres impactos concretos y tres déficits persistentes. Un primer impacto se mide en el hecho de que los tradicionales golpes de Estado, enemigos clásicos de las democracias en América Latina, al violar tan flagrantemente este instrumento, no tienen cabida y se rechazan automáticamente. El único caso después de su entrada en vigor ocurrió fuera del subcontinente, en Honduras, y de inmediato se produjo la suspensión.<sup>64</sup>

Un segundo impacto se traduce en la preocupación de la OEA en afinar los mecanismos de protección colectiva. Ello se manifestó particularmente con motivo del décimo aniversario de la CDI, por cuanto se sistematizó el legado en materia de promoción y protección de la democracia. Por una parte, se sostiene que la CDI, al estipular los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio, “puede ser concebida como un «programa de la República Democrática». Como todo programa político, incluye un ideal que se quiere alcanzar y establece la dirección hacia la cual los Estados miembros deberían dirigir sus esfuerzos”. Se admite que este paradigma de la democracia republicana es clave para definir, priorizar y seleccionar las líneas de acción de la OEA. Por otra parte, en la valoración retrospectiva, entendiendo el significado de superar el periodo de dictaduras y conflictos armados, la CDI es la afirmación y el reconocimiento colectivo de la democracia representativa “como único régimen político de gobierno legítimo en las Américas”, producto de la construcción de consensos y por ello se le califica “como el cenit de ese consenso regional”, que regula el compromiso colectivo de mantener y fortalecer este sistema de gobierno y plasma una concepción amplia de democracia.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> La Asamblea General Extraordinaria tomó su decisión después de haber escuchado el informe del Secretario General Insulza sobre las gestiones realizadas en las 72 horas anteriores para intentar restablecer la democracia, el Estado de derecho y al presidente Zelaya en su puesto, tal y como le instruyó la propia Asamblea General Extraordinaria. Véanse AG/RES. 1 (XXXVII-E/09); resolución aprobada por la XXXVII Asamblea General Extraordinaria de la OEA del 4 de julio de 2009 y todo el seguimiento posterior. La resolución que decidió “levantar, con efecto inmediato, la suspensión del derecho de participación del Estado de Honduras” en la OEA recibió la votación a favor de 32 de los 33 miembros activos de la organización en la Asamblea General extraordinaria, con excepción de Ecuador, que votó en contra.

<sup>65</sup> Insulza, J. M., *La construcción de un legado en materia de promoción y protección de la democracia, Décimo aniversario de la Carta Democrática. Un compromiso hemisférico con la democracia*, OEA, 2011, pp. 2 y ss.

Sin duda, la ola de cláusulas que han emergido en instancias regionales o subregionales obedece, básicamente, a los avances de la CDI. Todas establecen normas para sancionar al país miembro en el que se produzca la ruptura del orden democrático (por ejemplo la Comunidad Andina o la Cumbre Iberoamericana, entre tantas otras). Con distintos matices, han seguido la línea trazada por la OEA. Ello no impide que puedan darse otros criterios, medidas distintas y, llegado el caso, decisiones diferentes.

Un tercer impacto se distingue en el papel creciente que juega la CDI a la hora que el órgano jurisdiccional del sistema interamericano lo cita como el instrumento que recoge el consenso de los Estados en cuanto al alcance de la democracia, sus elementos esenciales y los componentes fundamentales de su ejercicio, como demostraré más adelante con los casos, votos razonados y hasta alegatos de los peticionarios. Para la Corte, la Carta constituye un instrumento apropiado para la interpretación de la CADH. Sostiene por ejemplo: “Leída la Convención Americana a la luz de estas evoluciones conceptuales que el *consenso interamericano* ha expresado en la Carta Democrática resulta, pues, que la libre expresión de la voluntad de los electores se vería afectada si autoridades elegidas conforme al Estado de Derecho (legitimidad de origen) ejercen sus funciones en contravención al Estado de Derecho”.<sup>66</sup>

El Tribunal de San José afirma que “la propia esencia conceptual de la democracia representativa supone y exige vías de representación que, a la luz de lo estipulado en la Carta Democrática, serían los partidos y «*otras organizaciones políticas*» a los que se trata no sólo de proteger sino de fortalecer conforme se estipula en el artículo 5”.<sup>67</sup> José de Jesús Orozco, al analizar el vínculo de los derechos políticos con los pueblos indígenas que ocupó a la CorteIDH, señala que ésta argumenta en función de lo dispuesto en el artículo 6 de la CDI para promover y fomentar diversas formas de participación como medios para fortalecer la democracia. Sobre esta base, la Corte “destacó que los Estados pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas”.<sup>68</sup>

Pedro Nikken es de la opinión que cuando la Corte invoca la CDI, aun cuando no es un tratado, puede ser “el punto de partida para reconocer

<sup>66</sup> CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 23. (resaltado por Mariela Morales Antoniazzi).

<sup>67</sup> CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 24.

<sup>68</sup> Orozco Henríquez, J.J., “Derechos políticos”, en Corzo Sosa (coord.), *La América de los derechos*, Madrid, 2013, p. 67 (en prensa).

cierto efecto legalmente vinculante de la Carta, basado tal vez en el último párrafo de su Preámbulo”, en la medida que se tiene en consideración “el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida”.<sup>69</sup>

En su línea jurisprudencial destinada a poner de relieve el valor de la CDI, la Corte ha puntualizado que “(e)n el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana”, concluyendo 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”.<sup>70</sup>

Hay consistencia en la jurisprudencia de la Corte en las que se acude a la CDI para reforzar el nexo entre la garantía convencional y un elemento esencial de la democracia (por ejemplo para garantizar los derechos de los partidos y de otras organizaciones políticas, o para la defensa del ejercicio efectivo de los derechos políticos), bien para realzar el rol de los componentes fundamentales del ejercicio democrático, como es la defensa de las libertades de expresión y de prensa.<sup>71</sup>

Sin embargo, como observa Jean-Michel Arrighi, esto no quiere decir que los desafíos de la Carta hayan desaparecido. Por el contrario, el desarrollo de nuevas amenazas contra la estabilidad democrática, algunas muy sofisticadas, generan tensiones para su aplicación y, en consecuencia, se producen déficits. Especialmente se trata de situaciones en las que es el propio poder público el transgresor de los elementos característicos de la democracia. Siguiendo la crítica de este autor, el primer déficit encuentra el germen en la referencia de la CDI al “gobierno”, que pareciera dar a entender que sólo el Poder Ejecutivo está facultado para activar este tipo de mecanismos de protección colectiva. El segundo déficit se refleja en la imprecisión del término “una alteración del orden constitucional que afecte gravemente

<sup>69</sup> Nikken, P., “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, San José, 2006, p. 25.

<sup>70</sup> CorteIDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140.

<sup>71</sup> Entre los casos no suramericanos, véase por ejemplo Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Yatama vs. Nicaragua, Castañeda Gutman vs. México.

su orden democrático”. El predominio del ejecutivo deja sin posibilidades a los otros poderes del Estado, en caso de que ellos sean los afectados por acciones del Poder Ejecutivo.<sup>72</sup> En la práctica se configuran supuestos de un desgaste sistemático y/o sostenido de los elementos esenciales de la democracia o de los componentes para su ejercicio (test de la democracia). Hasta la fecha, no obstante, no han sido planteadas propuestas de reformas convencionales que amplíen el espectro cubierto por las normas vigentes.<sup>73</sup>

El tercer déficit se desprende de las formulaciones contenidas en la última Resolución de la Asamblea General de la OEA de junio de 2013, relativa al seguimiento de la CDI. Se trata de la mención a lo que denomino la “vía constitucional”, que, según mi criterio, busca blindar a los “gobiernos” constitucionales en el sentido de que han sido elegidos y con ello pretenden excluir los supuestos de aplicación de la cláusula a los casos de erosión de la democracia. Mediante frases ambivalentes como “la democracia es una de las más preciadas conquistas de nuestra región y que la transmisión pacífica del poder *por vías constitucionales y con apego a los preceptos constitucionales* de cada uno de nuestros Estados”, pero a la vez agregan “es producto de un proceso *continuo e irreversible* sobre el que la región *no admite interrupciones ni retrocesos*”.<sup>74</sup> Elocuente es la mención reiterativa de que se continuará promoviendo la cooperación democrática a fin de “respaldar a los Estados Miembros que así lo soliciten”,<sup>75</sup> sin desconocer el papel de la participación de todos los sectores de la sociedad, “incluida la sociedad civil”, en la consolidación de la democracia”.<sup>76</sup>

Estos términos parecen mostrar una flexibilización respecto a los contenidos que se habían asignado, de modo más directo y claro, por el Comité al compromiso de respetar los elementos esenciales de la democracia representativa y los componentes fundamentales del ejercicio de la misma enumerados en la CDI, incluso como límite al derecho que todo Estado tiene

<sup>72</sup> El Comité Jurídico Interamericano, haciéndose eco de esta preocupación del Secretario General, aprobó en el año 2009 un Informe titulado “Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana”, CJI/RES.159 (LXXV-O/09). *La democracia en los trabajos del Comité*, p. 601.

<sup>73</sup> Arrighi, J. M., “Democracia y Derechos Humanos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 12, núm. 12, Fortaleza, Brasil, 2012, pp. 206 y s.

<sup>74</sup> AG/RES. 2766 (XLIII-O/13), Promoción y fortalecimiento de la democracia: seguimiento de la carta democrática interamericana, Resolución del 5 de junio de 2013, considerando segundo.

<sup>75</sup> *Ibidem*, puntos resolutivos 1, 3, 5, 6 y 8.

<sup>76</sup> *Ibidem* punto resolutivo 10.

a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga”. A los artículos 3 y 4 de la CDI se le reconocía el valor que tienen “para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno”; se advertía categóricamente que “el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del Estado de derecho que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia”.<sup>77</sup>

## II. RÉGIMEN NORMATIVO: COMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA

El examen del régimen normativo aglutina dos instrumentos como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta Democrática Interamericana (CDI). Estos instrumentos los concibo como siameses en este siglo XXI, para destacar la concordancia de sus contenidos normativos en aras de ofrecer el concepto común de la democracia, como conjunto de valores de su régimen jurídico en el sistema interamericano, vigente para los países objeto de estudio, que procura la configuración paulatina de un *ius constitutionale commune*. En este trabajo asumo que se trata, *mutatis mutandis* como se calificó la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993,<sup>78</sup> de un “decálogo para más de 500 millones de habitantes”.

Ambos instrumentos, la CADH y la CDI, son producto de la voluntad de los Estados para expresar sus consensos en lo que concierne a la democracia y los derechos humanos. Como asevera la CorteIDH, cuando los Estados deciden aprobar los tratados de derechos humanos, se someten a un orden jurídico dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>79</sup> El régimen jurídico de la protección supranacional (la Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>77</sup> CJI/RES. 159 (LXXV-O/09), Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana, de fecha 12 agosto 2009, puntos resolutivos 2, 4 y 7.

<sup>78</sup> Amaya Úbeda de Torres cita a Antonio Casseste. *Cfr.* Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, p. 47.

<sup>79</sup> CorteIDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

como Constitución del continente<sup>80</sup> y la propia Carta Democrática Interamericana en principio *soft law* pero aplicada en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional nacional) se imbrica con los órdenes de las Constituciones nacionales, y hacen que la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos adquiera una fuerza expansiva y sean de obligatorio cumplimiento por los poderes públicos de todos los Estados, configurando en el plano conceptual y teórico el sistema interamericano uno de los más desarrollados y protectores.<sup>81</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento que, además de regular un amplio catálogo de derechos y garantías e inspirarse en su homóloga europea,<sup>82</sup> tiene características singulares en cuanto a la concepción amplia de la democracia. Por una parte, está a tono con la que fuera una vanguardista corriente universal de imbricación entre el concepto de democracia y la facultad de los Estados de imponer límites a los derechos<sup>83</sup> y en esta línea cumple una función de “barrera o muro de contención” en su artículo 32.2.<sup>84</sup> Por otra parte, conforme al artículo 29, inciso *c*, se excluye cualquier interpretación que permita excluir o limitar derechos derivados “de la forma democrática representativa de gobierno” y, según el inciso *d*, la hace permeable a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “y a otros actos internacionales de la misma naturaleza”, cumpliendo una función de “puerta de entrada”. La CADH

<sup>80</sup> Cf. Salgado Pesantes, H., “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor y Lelo de Larrea (eds.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2008, pp. 641-666.

<sup>81</sup> Brewer-Carías, A. R., “El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado”, *Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo*, Nueva York-Bogotá, 2008; Cf. también Carazo, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, en von Bogdandy *et al.* (eds.), Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, pp. 231 y ss.

<sup>82</sup> Wolny, K., “Menschenrechtsschutz auf regionaler Ebene: das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte im Vergleich zum europäischen Schutzsystem”, *Recht*, núm. 21(3), 2003, pp. 93-100.

<sup>83</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29.2.

<sup>84</sup> Según el artículo 32.2 de la CADH “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Cf. Casal, J. M., “Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano”, en Saiz Arnaiz *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*, País Vasco, 2011, pp. 477 y ss.

tiene pues la función de puerta, por la que entra un amplio espectro garantista que comprende la dimensión global y regional y la función de muro de contención para frenar regresiones en la concepción amplia de democracia.

La CDI, por su parte, tiene un valor como fuente de inspiración y pilar fundamental para la interpretación del alcance de la democracia, que complementa a la CADH. Como lo expresa Pedro Nikken, la CDI contiene una reafirmación del compromiso de la OEA y sus Estados miembros con la defensa, vigencia y garantía de los derechos humanos, remiten al procedimiento de denuncias individuales ante el SIDH y se comprometen de modo genérico al fortalecimiento del mismo SIDH.<sup>85</sup> Se trata de la protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales. Según los términos exactos de la CDI, “la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio”, confirmando categóricamente, en mi opinión, la concepción amplia de democracia.

En este estudio se parte del *test de la democracia* para determinar el alcance del régimen normativo “protector” de la democracia y las garantías convencionales, incorporando la interpretación dada por el órgano jurisdiccional del SIDH, la CorteIDH. Ello significa esbozar los contornos de tal régimen en función de los artículos 3 y 4 de la CDI. Primeramente se delinea la premisa central que rige para la protección como es la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos. Luego, entre los elementos esenciales de la democracia representativa se entrará a tratar, dentro del elemento esencial “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”, una constelación paradigmática del contexto como es la lucha contra la impunidad, vinculada al legado de las dictaduras. Se exploran además la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto (derecho a alegir y ser elegido) y la separación e independencia de los poderes públicos, en particular se explora la categoría de la independencia del Poder Judicial. Entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia se abordará el respeto de los derechos sociales. Los estándares tuitivos de la libertad de expresión, como otro componente fundamental, se desarrollan en el apartado correspondiente a los mecanismos de protección jurisdiccional.

<sup>85</sup> Nikken, P., “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, San José, vol. 43, 2006, p. 17.

### 1. Premisa: la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos

El artículo 3 de la CDI comienza enunciando como primer elemento esencial de la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este elemento esencial se ve reforzado por la condicionalidad recíproca dispuesta en el capítulo II de la CDI titulado “La democracia y los derechos humanos”, en especial los artículos 7 y 8. Conforme al 7, la democracia tiene carácter de indispensabilidad de “para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”. Además, el artículo 8 establece que cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados, “pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”.

La conexidad entre la democracia y los derechos humanos ha sido tratada por la CorteIDH en diversos fallos que declaran la violación por parte de los países suramericanos objeto de análisis.<sup>86</sup> Tomo como inspiración la tipología propuesta por Flávia Piovesan referida a la actuación de la Corte Interamericana en los casos concernientes a cinco distintas categorías de violaciones a los derechos humanos, destacando la autora la fuerza catalizadora del SIDH para promover avances en el régimen de derechos humanos en su recorrido de rechazar las violaciones de los régimenes dictatoriales, exigir el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y demandar el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Su tipología de casos abarca: violaciones que reflejan el legado del régimen autoritario dictatorial; violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición; violaciones que reflejan desafíos acerca del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del Estado de derecho; violaciones de derechos de grupos vulnerables; y violaciones a derechos sociales.<sup>87</sup> Recientemente se incluye el

<sup>86</sup> CorteIDH. Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85. Entre la abundante literatura sobre el tema de los DDHH en el contexto interamericano, Hauser, D., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración americana sobre los Derechos y Deberes del hombre”, *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Courtis *et al.* (eds.), México, 2005, pp. 123-146. Sobre el trabajo de la Comisión, véase Faúndez Ledesma, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en varios autores, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José, 2005, pp. 91-180.

<sup>87</sup> Piovesan, F., “Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo re-

abordaje de otros casos, configurando una sexta categoría relativa a las violaciones a nuevos derechos en agenda contemporánea, según F. Piovesan.<sup>88</sup>

La conexidad entre la CDI y la agenda de la protección de la democracia y los derechos humanos se demuestra en la argumentación de la CorteIDH y sus jueces en los votos razonados, así como de los representantes de las víctimas a partir de la utilización de este instrumento. Como se desprende de la tabla infra, en dicha agenda conviven los casos de violación de los elementos esenciales (artículo 3) como de los componentes fundamentales para el ejercicio democrático (artículo 4). El mayor número de casos, no obstante, se corresponde con la violación de la libertad de expresión como componente fundamental. Siempre responden al patrón de sancionar la disidencia. A esta garantía convencional se dedica el estudio del alcance de los estándares jurisdiccionales debido particularmente a su incidencia (Parte C.II).

También se constata que la jurisprudencia abarca casos del derecho a elegir a la independencia del Poder Judicial. Especialmente relevantes son los casos en los cuales la CorteIDH menciona la CDI en desapariciones forzadas, como en Gelman dentro del Plan Cóndor y Cepeda por militancia en partidos comunistas. También en el marco de la ampliación del espectro de cobertura de los derechos sociales, como apuntan las tipologías de casos ya referidas, es muy relevante la cita a la CDI en el caso de la violación del derecho a la consulta previa en una comunidad indígena. A modo de síntesis y en orden cronológico puede constatarse tal evolución en la siguiente tabla:

Casos	Año	CADH	CDI-CorteIDH
Caso Ricardo Canese <i>vs.</i> Paraguay (C 111)	2004	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4
Caso Claude Reyes y otros <i>vs.</i> Chile (C 151)	2006	Libertad de expresión y acceso a la información	Componentes fundamentales artículo 4 y participación ciudadana (artículo 6); Resoluciones de la OEA “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la democracia” 2003-2006

gional”, *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, von Bogdandy *et al.* (coords.), México, 2010, t. II, pp. 431-448.

<sup>88</sup> La autora incluye dos recientes casos en el espacio centroamericano, a saber fertilización “in vitro” y las medidas provisionales acordadas en el caso de la interrupción del embarazo por anencefalia fetal. Véase respectivamente CorteIDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) *vs.* Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 y CorteIDH, Medidas provisionales contra El Salvador, adoptadas el 23 de mayo de 2013.

Caso Kimel <i>vs.</i> Argentina (C 177)	2008	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4, voto razonado juez García Sayán
Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) <i>vs.</i> Venezuela (C 182)	2008	Independencia del poder judicial	El representante invocó violación del artículo 3 en concordancia con el artículo 29 c y d CADH
Caso Ríos y otros <i>vs.</i> Venezuela (C 194)	2009	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4 Los representantes alegaron incompatibilidad con el sistema de principios y valores de la CDI
Caso Perozo y otros <i>vs.</i> Venezuela (C 195)	2009	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4 Los representantes alegaron incompatibilidad con el sistema de principios y valores de la CDI
Caso Manuel Cepeda Vargas <i>vs.</i> Colombia (C 213)	2010	Vida, integridad personal, libertad de expresión, honra, libre circulación	Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, [...] el régimen plural de partidos y organizaciones políticas... artículo 3
Caso Gelman <i>vs.</i> Uruguay (C 221)	2011	Reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal	La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, <i>per se</i> , el permanete respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. (...) Voto concurrente razonado juez García Sayán

Caso López Mendoza <i>vs.</i> Venezuela (C 233)	2011	Derecho a ser elegido	En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Voto razonado juez García Sayán
Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku <i>vs.</i> Ecuador (C 245)	2012	Derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural	Promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas [...], contribuy[e] al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana, artículo 9

Esta jurisprudencia de la CorteIDH hace posible comprobar mi tesis acerca de la construcción progresiva de un *ius constitutionale commune* para salvaguardar la democracia en sentido amplio. Como concierne a la protección supranacional en *Suramérica*, tomo sólo en consideración los casos referidos a este contexto geográfico. Los postulados que inspiran el accionar de la CorteIDH para efectivizar la doble condicionalidad simbolizan el hilo conductor del régimen normativo complementario que siguen en las próximas líneas.

## 2. La protección de los elementos esenciales de la democracia y de los componentes fundamentales de su ejercicio

Si el régimen jurídico de la protección supranacional de la democracia gira en torno a la Convención Americana de Derechos Humanos como carta magna del continente<sup>89</sup> y a la propia Carta Democrática Interamericana, puede afirmarse que mediante la labor de la CorteIDH ha adquirido una fuerza expansiva que lo configura en el plano conceptual y teórico como uno de los más desarrollados y protectores.<sup>90</sup> Interesante es la postura

<sup>89</sup> Cf. Salgado Pesantes, H., “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor y Lelo de Larrea (eds.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. La Ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2008, pp. 641-666.

<sup>90</sup> Brewer-Carías, A. R., “El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado”, *Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departa-*

de Miguel Revenga, que cita a Peter Häberle en cuanto al surgimiento de “fermentos de crecimiento” de un espacio público, en el que la contribución más relevante procede precisamente de las aportaciones realizadas por la Corte a la “interpretación común”. Agrega el autor que a las decisiones de este órgano jurisdiccional se les debe reconocer “un enorme potencial centrípeto para la construcción de un sistema común de derechos fundamentales, o cuando menos coincidente en sus rasgos básicos”.<sup>91</sup> Ahonda el autor en señalar que ha habido una “evolución que sitúa a las decisiones emanadas de la Corte como el referente por antonomasia de un constitucionalismo común de alcance continental”.<sup>92</sup>

Las decisiones de la jurisdicción de San José han condenado las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas, centrando su foco de atención en las violaciones masivas y sistemáticas. Las dictaduras latinoamericanas vulneraron, entre otras tantas, la prohibición de ejecutar arbitrariamente a las personas (artículo 4, CADH), la prohibición de la tortura (artículo 5, CADH) y la prohibición de la privación ilegal de la libertad personal (artículo 7, CADH). Estas prohibiciones, de carácter absoluto, han sido objeto de una amplia jurisprudencia supranacional y hay un relativo consenso sobre su aceptación.

Siempre entrelazada con la democracia, la jurisprudencia de la CorteIDH ha ampliado su espectro de acción. El contencioso interamericano ya no sólo se ocupa de los casos relativos a violaciones masivas, sino también atiende el patrón de discriminación estructural y hace girar sus sentencias a favor de los grupos más vulnerables (mujeres, migrantes, indígenas, niños) y otros derechos que están en la esencia de la democracia (elecciones, independencia judicial, libertad de expresión).

mento de Derecho Administrativo, Nueva York-Bogotá, 2008; Cf. también Carazo, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, pp. 231 y ss.

<sup>91</sup> Revenga, M., “Posibilidades y límites de la integración a través de derechos”, en en Saiz Arnaiz *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñati, 2011, pp. 424 y ss.

<sup>92</sup> Dejando al margen los obstáculos que enfrenta el SIDH, admite Miguel Revenga que puede hablarse de modo general de un “cierto paralelismo con respecto a lo que ocurrió en Europa a raíz del ‘descubrimiento’ por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un *ordre public européen* del que el propio Tribunal vendría a ser custodio, y que impediría a los Estados sujetar la adhesión al Convenio a condiciones temporales, territoriales o sustantivas (la cita de referencia es, en este sentido, el Párrafo no. 75 del caso *Loizidou contra Turquía*, fallado en 1995).

Comparto la manera clara y determinante con la que Deisy Ventura, Flávia Piovesan y Juana Kweitel resumen el extraordinario aporte que ha brindado el SIDH para la promoción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en la región: el sistema interamericano combatió los régimenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de la democracia, contra las violaciones de los derechos y la protección de los grupos más vulnerables.<sup>93</sup>

En esta evolución, la jurisprudencia de la CorteIDH está estrechamente vinculada a cambios más estructurales que deben implementarse en los Estados y en consecuencia impactan en la voluntad política de modo evidente. Algunas voces críticas califican como intromisión antidemocrática y antiliberal por parte de la CorteIDH sus sentencias de reparaciones que interfieren en las funciones expresivas de la soberanía estatal (judicial, legislativa y ejecutiva).<sup>94</sup> El enfoque que asumo es diametralmente opuesto: en contextos no favorecedores de cambios hacia un mayor nivel de democracia de los Estados, el Tribunal de San José adopta las medidas pertinentes para que tengan un efecto preventivo y emblemático en el sentido de aprovechar el fragmento de casos que efectivamente llega a la Corte para que la sentencia impacte más allá del caso concreto.<sup>95</sup> El predominio de una actitud a favor del cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal de San José y las convergencias con los órganos jurisdiccionales nacionales,<sup>96</sup> sirven de aval para analizar la tutela del orden público democrático que ha construido la CorteIDH.

La Corte Interamericana ha hecho girar su jurisprudencia en torno al concepto de la “sociedad democrática”. Insisto, como lo hace la CorteIDH, que el énfasis hay que ponerlo en el vínculo indisoluble entre derechos hu-

<sup>93</sup> Ventura, D. et al., *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque*. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml>.

<sup>94</sup> Malarin, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias anti-democráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25 y ss.

<sup>95</sup> Beristain, C. M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Costa Rica, t. II, 2008, p. 463.

<sup>96</sup> Góngora, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito* público, von Bogdandy et al., São Paulo, 2013, pp. 312 y ss.

manos efectivos con condiciones de desarrollo democrático,<sup>97</sup> sobre todo en favor de amplios sectores vulnerables.<sup>98</sup> En una construcción que denomino expansiva, pero estrictamente apegada a su doctrina de la vida digna, acota la imposibilidad del Estado de fundar alguna actividad sobre el desprecio a la dignidad humana.<sup>99</sup> En el contexto suramericano, como bien se argumenta, la agenda de los derechos humanos es una agenda marcada por el carácter de límite a la actividad de la autoridad pública, que en la última década ha experimentado un cambio gradual hacia la convivencia de asuntos “tradicionales” (justicia transicional, por ejemplo) con casos relacionados con los problemas endémicos de la desigualdad y la exclusión social. La obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en su artículo 1.1, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>100</sup>

La Corte ha sostenido, frente a los factores que erosionan las democracias suramericanas, un enfoque protector en el marco de la interdependencia entre derechos humanos, elemento social y democracia, aportando estándares y principios que rijan la actuación estatal. Esta ampliación del

<sup>97</sup> Para la concepción dual suramericana sobre democracia vinculada a los derechos humanos *cfr.* la Corte interamericana, *Un cuarto de siglo*, 2005.

<sup>98</sup> *Cfr.* por ejemplo la Opinión Consultiva de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (OC-18/03, Serie A No. 18); CorteIDH. Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 10. de febrero de 2000. Serie C No. 66; CorteIDH. Comunidad Moiwana *vs. Suriname*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; CorteIDH. Comunidad Indígena Yaky Axa *vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No.125; CorteIDH. *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; CorteIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; CorteIDH. González y otras (“Campo Algodonero”) *vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

<sup>99</sup> Primera sentencia en caso contencioso de la CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154, p. 32.

<sup>100</sup> Un bloque amplio del carácter tuitivo se desprende de labor consultiva. La doctrina de la Corte también se corrobora desde 1982 con las Opiniones consultivas OC-1/82 sobre “Otras tratados internacionales”, la OC-2/82 sobre “Reservas a la Convención Americana”, la OC-3/83 sobre “Restricciones a la pena de muerte”, la OC-4/84 sobre la “Modificación de la Constitución de Costa Rica” y las célebres OC-5/85 sobre “Colegiación Obligatoria de los Periodistas”, OC-6/86 sobre “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención” y OC-7/86 sobre “El derecho de rectificación y respuesta”.

foco de acción de la Corte busca, a través de la decisión de casos particulares, enmarcarlos en patrones estructurales de discriminación y dictar pautas para corregir las amenazas provenientes de las brechas sociales y la exclusión, en la búsqueda de igualdad. En esta línea, es esencial poner de relieve los estándares y principios que deben orientar la actuación de los poderes públicos de los Estados democráticos.<sup>101</sup>

La CorteIDH ha señalado que la interpretación de la Convención debe orientarse por las justas exigencias de la democracia “y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.<sup>102</sup> Asimismo, la Corte ha mencionado que “el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de “consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre”. Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención<sup>103</sup> y la Corte así establece el alcance de la obligación del artículo 1.1 respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos. La CorteIDH reconoce que todos los derechos tienen componentes civiles, y económico, sociales y culturales.<sup>104</sup>

En el ámbito del sistema regional interamericano es necesario reiterar, para evitar la erosión de la democracia, las tres premisas reconocidas en la doctrina, pues el sistema simboliza la consolidación de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en la instancia supranacional que representa la Corte; a su vez la Convención Americana encarna una sistematización como una “Constitución” latinoamericana en materia de derechos humanos y la Corte Interamericana es su guardián<sup>105</sup> y, en tercer lugar, producto del consenso de los Estados objeto de esta investigación, la CADH representa el piso mínimo y no la cobertura

<sup>101</sup> El mecanismo del control de convencionalidad al que están obligados tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el judicial puede generar el efecto armonizador e integrador deseado. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., *El control difuso de convencionalidad*, México, 2012.

<sup>102</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 44.

<sup>103</sup> CorteIDH, Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 111.

<sup>104</sup> CorteIDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” *vs.* Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 149, p. 94.

<sup>105</sup> Binder, C., “¿Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las am-

máxima de protección, con la intención de promover e incentivar avances a nivel doméstico y evitar retrocesos.<sup>106</sup>

La CorteIDH ha ampliando los derechos fundamentales constitucionales con base en la norma del sistema interamericano invocada para dirigir el conflicto, ha llenado el concepto del derecho interno de ciudadanía activa, materia intrínsecamente constitucional, y lo vincula a la regulación internacional, gracias a la interpretación que hace en su papel de “tribunal constitucional”.<sup>107</sup> Los estándares interamericanos apuntan a la configuración del *ius constitutionale commune* comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, pero también con la igualdad.

En esta construcción la línea central ha sido la expansión de la jurisprudencia supranacional para proteger contra la erosión de la democracia mediante la garantía de los derechos de los grupos o colectivos que se encuentran en las situaciones de especial vulnerabilidad. La jurisprudencia de la CorteIDH en la etapa de la postransición democrática, caracterizada por un escenario de democracias constitucionales con un déficit de las instituciones y una desigualdad aberrante, gana mayor legitimidad para asegurar la garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural en el plano doméstico, aun cuando exista una cierta injerencia en los asuntos internos.

La dignidad humana representa un límite a la soberanía y los apor-tes que brinda el órgano supranacional contribuyen a definir las cuestiones prioritarias en la agenda de la protección en el contexto regional. Como se afirma en la doctrina, “la subordinación estructural de ciertos sectores sociales presenta características similares a la asfixia política en cuanto al cierre de la esfera pública por los Estados autoritarios. Se trata de situaciones

nistías”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, 2010.

<sup>106</sup> Carazo Ortiz, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho?* Un análisis interdisciplinario y multifocal, von Bogdandy *et al.* (eds.), Madrid, 2009, p. 231; véase también Burgorgue-Larsen, L., “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho?* Un análisis interdisciplinario y multifocal, von Bogdandy *et al.* (eds.), Madrid, 2009, p. 311.

<sup>107</sup> Véase Ferrer Mac-Gregor, E., “La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional”, *La justicia constitucional: prolegómeno de un ius constitutionale commune en América Latina*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

extremas en las que el espacio político del estado nacional funciona como una prisión”.<sup>108</sup>

Un postulado básico del *ius constitutionale commune* es, en consecuencia, asumir una idea de igualdad como protección para los grupos vulnerables y no sólo en su acepción tradicional de no discriminación, centrada en la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, buscando reglas generales y anclada en una suerte de neutralidad estatal.<sup>109</sup> En cambio, la nueva fórmula persigue una igualdad sustantiva, en la que el Estado tiene obligaciones positivas para generar equilibrios sociales y proteger a los desiguales en razón de procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta redefinición del concepto de igualdad trae aparejada una redefinición del rol del Estado como garante activo de los derechos y se traduce en deberes concretos en función de la debida diligencia.<sup>110</sup> Es un enfoque igualmente presente a nivel global.<sup>111</sup> Con el propósito de reaccionar al patrón de desigualdad o exclusión y darle visibilidad a los grupos vulnerables se busca evitar la erosión de la democracia. En la región se ha reconocido que, invocándose un nuevo pacto y una nueva forma de relación entre las élites y los sectores sociales populares e invisibilizados, pueden emerger también nuevas manifestaciones del populismo, incluso autoritario, que erosiona la democracia. De allí la relevancia de tener como marco la jurisprudencia del órgano supranacional para evitar retrocesos en el *ius constitutionale commune* de la democracia.

#### A. *Protección de los elementos esenciales de la democracia*

En la evolución histórica del SIDH de hacer justicia y reparar a las víctimas, pero a la vez atender la situación estructural de violaciones de de-

<sup>108</sup> Abramovich, V., “Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, pp. 211-230, pp. 221 y ss.

<sup>109</sup> Clérigo, L. y Aldao, M., “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 157-198.

<sup>110</sup> Según la CIDH, la naturaleza eminentemente grupal o colectiva del principio de igualdad y no discriminación exige ir más allá de la norma en apariencia neutral y considerar su impacto respecto del grupo. *Cfr.* Informe de la sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero 2007, párr. 77.

<sup>111</sup> Entre tantos instrumentos, véase la Observación General N° 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. E/C.12/GC/20.

rechos humanos jugó un papel determinante hacerle frente a los gobiernos autoritarios, acompañar el proceso de las transiciones y procurar la consolidación de la democracia. Uno de los aportes principales ha sido declarar inaceptables leyes de amnistía por violaciones a los derechos humanos (Argentina, Chile, Perú, Uruguay). Ésta es la razón por la cual en este apartado se sintetizan los estándares más emblemáticos sobre las amnistías, para relacionarlo con el elemento esencial de la democracia del respeto a los derechos y garantías, de acuerdo al artículo 3 de la CDI. De la misma manera se esquematizan los aspectos nucleares del derecho a elegir y ser elegido así como la independencia del Poder Judicial, como los otros dos elementos esenciales objeto de análisis.

*a. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales: el caso de las Amnistías*

Dentro de este espectro tan amplio sólo me voy a limitar a lo que encierra la protección de la democracia para dejar atrás el legado de las dictaduras y la transición democrática. Una reconstrucción de los estándares respecto a las amnistías, desde Barrios Altos c., pasando por Almonacid Arrellano c. Chile en 2006, La Cantuta c. Perú, 2010, Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) c. Brasil, y Gelman c. Uruguay en 2011, confirma líneas claras por parte del Tribunal de San José en el sentido de que el paisaje contencioso interamericano propicia, como apunta Antônio Cançado Trindade, una sanción por la Corte del reglamento amnésico del pasado. En su voto razonado en el caso Barrios Altos se lee:

Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, se encuentra en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreando violaciones de *jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia).<sup>112</sup>

Una línea sostenida de modo constante por el Tribunal del San José está dada por la aseveración de la inconvencialidad *per se* de las leyes que organizan la amnistía de los autores de violaciones masivas de los derechos

<sup>112</sup> Voto razonado en del juez Antônio Cançado Trindade el caso Barrios Altos, párr. 6.

humanos.<sup>113</sup> Entre la opinión consultiva No. 14<sup>114</sup> y el caso Suárez Rosero<sup>115</sup> confirmado magistralmente en el famoso caso Barrios Altos<sup>116</sup> —y precisado en los importantes casos juzgados en el otoño de 2006—<sup>117</sup> la Corte ratifica esta cuestión de la inconvenencialidad *per se* de las leyes de amnistía. Desde Barrios Altos las máximas del Tribunal de San José se orientan hacia su inadmisibilidad así como considera inadmisibles

...las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>118</sup>

Según la CorteIDH, este tipo de leyes “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”, además de impedir la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.<sup>119</sup>

<sup>113</sup> Burgorgue-Larsen, L., “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El derecho en movimiento. En homenaje a Elena Highton*, Dreyzin de Klor, Buenos Aires, 2012.

<sup>114</sup> En este caso la Corte afirma, en contrario, que: En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos. CorteIDH, 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 14, OC 14/94, párr. 42.

<sup>115</sup> CorteIDH. Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

<sup>116</sup> CorteIDH. Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

<sup>117</sup> CorteIDH. Almonacid Arrellano *vs.* Chile. Fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 y CorteIDH. La Cantuta *vs.* Perú. Fondo y reparaciones. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

<sup>118</sup> CorteIDH. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 41.

<sup>119</sup> CorteIDH. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Serie C No. 83, párr. 43.

Hay que resaltar que la CorteIDH es coherente en su línea jurisprudencial, de la que fuera pionera a nivel internacional por haber sido la primera en decidir sobre casos de desapariciones forzadas imponiendo a los Estados que sigan investigando mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida, por ser una “justa expectativa” de los familiares de la víctima conocer cuál fue el destino de ésta.<sup>120</sup> Desde su primera sentencia, el Tribunal interamericano estima que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.<sup>121</sup> Y ratifica la relevancia del derecho a la verdad, aunque no lo considere explícitamente como un derecho autónomo.<sup>122</sup> En la misma argumentación la CorteIDH asume que los Estados partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y violaban asimismo los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.

Es emblemático el caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile de 2006<sup>123</sup> por el surgimiento de la doctrina de control de convencionalidad con base en el artículo 2 de la Convención Americana, como ya se mencionó supra. La CorteIDH estimó como un adelanto positivo que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, pero lo declaró insuficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en tanto se debe suprimir toda norma violatoria a la CADH y, además, ante el hecho de que se produzca un cambio de criterio de los tribunales nacionales, las disposiciones tornarían aplicables disposiciones por ser parte del orden interno vigente.<sup>124</sup> Repite que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> CorteIDH. Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1987. Serie C No. 4, párr. 181.

<sup>121</sup> CorteIDH. Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Serie C No. 4, párr. 201.

<sup>122</sup> CorteIDH. Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62; CorteIDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 55.

<sup>123</sup> CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>124</sup> CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Serie C No. 154, párr. 121.

<sup>125</sup> CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Serie C No. 154, párr. 114.

Un estadio más adelante, admitiendo que en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, la CorteIDH determinó que la democracia no es absoluta y reiteró su imbricación con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la CADH. Insistiendo en la primacía de un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, sienta un precedente en materia de reparación en el ámbito doméstico. El Estado debería realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia. En la sala de la Asamblea General, acompañado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia y por el vicepresidente de la República, y con la presencia de las víctimas, Macarena y Juan Gelman, el presidente de Uruguay reconoció la responsabilidad del Estado por la desaparición de María Claudia García de Gelman.<sup>126</sup>

Bajo la máxima de que “toda forma de amnistía general es violatoria *per se* de la Convención Americana”, la CorteIDH en el Caso Gelman *vs.* Uruguay<sup>127</sup> utiliza una fórmula de intangibilidad del núcleo democrático del orden supranacional: la preeminencia de la sanción de las violaciones graves de los derechos humanos respecto a las manifestaciones de democracia directa, en concordancia con el concepto que sostengo, anclado en la propia CDI. Se expresa la Corte en los siguientes términos:

§238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía [...] se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos huma-

<sup>126</sup> Información disponible en: <http://www.elpais.com.uy/120321/ultimo-631856/ultimo-momento/Estado-asumió-responsabilidad-por-desaparición-de-María-Claudia-García-de-Gelman>.

<sup>127</sup> CorteIDH. Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

nos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [(supra párr. 19)], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En el marco de la llamada “justicia transicional”, calificadas como “auto-amnistías” en el contexto suramericano, la Corte ha establecido una jurisprudencia reiterada<sup>128</sup> que declara contraria a la Convención toda forma de amnistía, perdones o indultos generales en casos de graves violaciones a los derechos humanos, regla que tiene efectos generales e implica su obligatoriedad para los Estados Partes.<sup>129</sup> Una obligación jurídica concreta para los jueces internos se deriva del control de convencionalidad, mecanismo que vio luz justamente en un caso de amnistía.<sup>130</sup>

La CorteIDH, al tratar la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados, afianza su estilo dialogal en el caso Gelman y se apoya en tres pilares: en la doctrina de la propia ComisiónIDH,<sup>131</sup> en distintos pronunciamientos de instituciones

<sup>128</sup> Perú (Barrios Altos y La Cantuta), Chile (Almonacid Arellano y otros) y Brasil (Gomez Lund y Otros). En el caso Barrios Altos como *leading case* (masacre que involucró la ejecución de 15 personas por parte de agentes policiales y recibieron amnistía por una ley). Perú fue condenado a reabrir investigaciones judiciales (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú). Sentencia del 14 de marzo de 2001. *Cfr.* “Advocacy Before Regional Human Rights Bodies: a Cross-Regional Agenda”, *American University Law Review*, núm. 59, p. 163.

<sup>129</sup> Por ejemplo, la Corte dejó sin efectos fallos proferidos por jueces chilenos, a la vez que le ordenaba al país “asegurarse que el Decreto Ley No. 2191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano”.

<sup>130</sup> Se solicitó la invalidez del decreto-ley 2191/78, que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el régimen Pinochet. CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>131</sup> Entre los casos referidos a Suramérica, *Cfr.* CIDH, Informe No. 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, y 10.311. Argentina, d 2 de Octubre de 1992, párrs. 40 y 41; Informe de fondo No. 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, y 11.282. Chile, d 15 de Octubre de 1996, párr. 70; CIDH, Informe de fondo No. 20/99, Caso 11.317. Perú, de 23 de febrero de 1999, párrs. 159 y 160; CIDH, Informe de fondo No. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 y 11.136.

universales<sup>132</sup> así como en la jurisprudencia nacional,<sup>133</sup> mediante una sistematización del inventario existente sobre la cuestión del alcance de las leyes de amnistía. De esta jurisprudencia, en un tema marcado por la tensión entre el derecho a la verdad y la reconciliación (útil para la catarsis colectiva en toda sociedad postdictatorial), se deduce que, conforme al criterio de la Corte, en ningún caso puede excluirse la verdad judicial.<sup>134</sup>

Las decisiones sobre la anulación de leyes de amnistía y la consolidación del derecho a la verdad, tiene un elevado impacto, porque los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de las violaciones, destacando el deber del Estado de investigar, procesar, punir y reparar violaciones a los derechos humanos. La Corte estima que las leyes de “auto-amnistía” perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho de conocer la verdad y de recibir la reparación correspondiente, vulnerándose la Convención Americana.<sup>135</sup>

El tema de las amnistías no está exento de tensiones. Hay opiniones que advierten la necesidad de revisar los casos en que las normas de amnistía se den dentro del contexto de un proceso orientado a poner término por la vía negociada a un conflicto armado no internacional y que se evalúen márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses para “conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los

<sup>132</sup> La Corte comparte argumentos de organismos internacionales. Un solo ejemplo: Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, del 3 de agosto de 2004, párr. 10.

<sup>133</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, Causa 17.768, Resolución del 14 de junio de 2005; Corte Suprema de Justicia de Chile. Decisión del Pleno respecto de la instancia que verá la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval, Rol No. 517-2004, Caso 2477, del 17 de noviembre de 2004, Considerando 33; Tribunal Constitucional de Perú, Caso Santiago Martín Rivas, Recurso extraordinario, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Sentencia del 29 de noviembre de 2005, párr. 63; Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia No. 365, párrs. 8 y 9.

<sup>134</sup> Burgorgue-Larsen, L., “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El derecho en movimiento, En homenaje a Elena Highton*, Dreyzin de Klor, Buenos Aires, 2012.

<sup>135</sup> Análisis completo en Binder, C., “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, 2012.

derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro”.<sup>136</sup> Ezequiel Malarino, como uno de los más críticos a la actuación de la CorteIDH en éste ámbito, califica la prohibición de las amnistías como una tendencia de contenido antidemocrático y antiliberal, que puede entenderse como si se tratara de un órgano de un máximo tribunal de casación y de legislador supranacional.<sup>137</sup>

Si bien en derecho comparado es posible que la búsqueda de la reconciliación pueda ser un fin legítimo que justifique ciertas restricciones respecto a la sanción de los autores, ubicándose entre los asuntos pertenecientes a la esfera política, también está claro que hay un límite absoluto: que se pretenda evitar la rendición de cuentas, favoreciendo la impunidad y propiciando nuevas violaciones de derechos humanos.<sup>138</sup> En el contexto suramericano, la jurisprudencia tuitiva de la CorteIDH relativa al rechazo de las autoamnistías contribuye precisamente a combatir la impunidad y evitar nuevas vulneraciones a la CADH, todo lo cual favorece la consolidación democrática.

### b. El derecho a elegir y ser elegido

La democracia se distingue como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencia propias, con base en un sistema de equilibrios y controles recíprocos, así como de responsabilidades establecidas en la Constitución, a fin de asegurar los derechos humanos que la propia Constitución reconoce directamente o los contenidos que han permeado por la vía de los instrumentos internacionales que el país ha aceptado y ratificado.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> Voto concurrente del juez Diego García-Sayán Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* del 25 de octubre de 2012.

<sup>137</sup> Malarino, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos *et al.*, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, p. 57.

<sup>138</sup> Alicia Gil Gil cita a Anja Seibert-Fohr. Gil Gil, A., “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, *cit.*, p. 308.

<sup>139</sup> Carpizo, J., “El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, von Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010, p. 3.

En este orden de ideas, la garantía de los derechos políticos, entendidos como aquéllos que confieren a su titular la facultad o prerrogativa de participar en los asuntos públicos del Estado, por sí mismo o a través de sus representantes,<sup>140</sup> juegan un papel esencial en la democracia.<sup>141</sup> “Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.<sup>142</sup> Según la CorteIDH los derechos políticos son aquellos que “se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor”.

Según el artículo 3 de la CDI “la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo” constituye un elemento esencial de la democracia. La regulación de este derecho está contenida en el artículo 23 de la CADH en los siguientes términos:

Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La concepción del derecho de los ciudadanos a determinar en libertad e igualdad a través de elecciones y votaciones de manera personal y objetiva la conformación del poder público representa un elemento esencial del principio democrático. Ha sido objeto de amplios desarrollos el anclaje de

<sup>140</sup> Cf. Orozco Henríquez, J. J. y Silva Adaya, J. C., *Los derechos humanos de los mexicanos*, México, 2002, p. 44.

<sup>141</sup> A la llamada democracia política se le atribuye principalmente un carácter procedimental, ya que viabiliza el principio de la soberanía popular. Cf. Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. de Fernández Santillana, México, 1986, p. 7; Orozco Henríquez, J. J., “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, 2006, pp. 291 y 295-299.

<sup>142</sup> CorteIDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192.

este derecho a la participación libre e igual en el poder público en la dignidad humana.<sup>143</sup>

La garantía del artículo 23.1 de la CADH, para cualquier ciudadano, destaca tres aristas claves como son poder participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de *representantes libremente elegidos*, de votar y ser elegido en *elecciones* periódicas *auténticas*, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, y de tener acceso, *en condiciones de igualdad*, a las funciones públicas. Implícitamente, este derecho abarca otros sub-derechos, entre los que vale la pena mencionar: *a)* sufragio universal, ya que no pueden existir exclusiones al voto activo y pasivo por razones de sexo, raza, religión o renta; *b)* el voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna; *c)* las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas; en este aspecto se encuentran temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes de las contribuciones privadas, equidad en los medios, especialmente los electrónicos, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos; *d)* las elecciones deben realizarse periódicamente en los plazos que señala la Constitución y la ley; *e)* deben existir partidos políticos que participen en las elecciones; la democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político, o de varios pero únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral; *f)* la existencia de órganos electorales imparciales para la organización de las elecciones, y *g)* la existencia de recursos de impugnación ante órganos imparciales, de preferencia de carácter judicial, incluyendo los que permitan analizar cuestiones de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad.

Como puntualizó Jorge Carpizo, la concurrencia de estos requisitos es necesaria, pues en caso contrario no se realizan efectivamente elecciones, sino simulacros o farsas. De allí que el concepto de democracia aplicable involucre la protección y defensa de los derechos humanos para cumplir la máxima que “la democracia implica, por esencia, respeto a la dignidad humana. La autocracia, por el contrario, su desprecio”.<sup>144</sup> En esta línea se inscribe la pauta hermenéutica de la necesidad en una sociedad democrática.

<sup>143</sup> Emblemática es la cita al peritaje elaborado en el Caso Yatama relativa a la constelación de las comunidades indígenas que reza textualmente “El Estado debe respetar la dignidad de los pueblos indígenas, que tienen “derecho a elegir” sus gobiernos, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones”. CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua, párr. 110.a.5.

<sup>144</sup> CorteIDH. Caso Leopoldo López Mendoza contra Venezuela. *Cfr.* Dictamen rendido ante fedatario público (affidávit) por el perito Jorge Carpizo el 20 de enero de 2011 (expediente de fondo, tomo III).

tica para calificar todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos.<sup>145</sup>

Esta garantía encuentra arraigo en la máxima general del respeto necesario de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. De allí que en este ámbito concreto puede compartirse la consideración de Flávia Piovesan respecto a que a nivel doméstico, gracias a las posibilidades de intervención del instrumentario internacional, se generan procesos de redefinición y reconstrucción del propio concepto de ciudadanía.<sup>146</sup> Ello es coherente con la concepción propuesta por la OEA respecto a una democracia de ciudadanía.<sup>147</sup> Pero además, esta garantía se vincula concretamente con el sistema democrático representativo. Al interpretarse esta garantía recogida en la CADH debe hacerse en su integralidad. Ello implica que en el SIDH resulta indispensable el pleno respeto al artículo 23 de la Convención Americana en estrecha relación con los artículos 8.1 y 25 así como con los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención.

Para la CorteIDH,

...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 y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.<sup>148</sup>

Las restricciones al derecho contemplado en el artículo 23 de la CADH deben cumplir los parámetros establecidos en la propia Convención. Humberto Nogueira analiza la dimensión de los presupuestos relativos a las limitaciones o restricciones a los derechos, subrayando en concreto que debe indagarse si satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo en tanto su estricta necesidad en una sociedad democrática. Agrega que la exigencia del cumplimiento del principio de proporcionalidad tiene que ajustarse a la revisión de los tres

<sup>145</sup> En el contexto interamericano véase CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 206 y ss.

<sup>146</sup> Piovesan, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, 2012.

<sup>147</sup> OEA/PNUD, La Democracia de Ciudadanía. Una Agenda para la Construcción de Ciudadanía en América Latina, 2009. Disponible en: [http://www.enlaceacademic.org/uploads/media/La\\_democracia\\_de\\_ciudadania.pdf](http://www.enlaceacademic.org/uploads/media/La_democracia_de_ciudadania.pdf).

<sup>148</sup> CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 10. de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 108.

principios como son adecuación o conformidad de los medios a los fines, necesidad o intervención mínima y al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>149</sup>

Las normas electorales confrontan el dilema de satisfacer fines plurales como son facilitar la representación popular, favorecer la gobernabilidad y la estabilidad del gobierno, y permitir una adecuada y equilibrada representación, que exige un margen de libertad estatal en la elección de esos fines y de los medios para su consecución.<sup>150</sup> Por ello, los órganos jurisdiccionales de derechos humanos europeo<sup>151</sup> e interamericano<sup>152</sup> coinciden en que el Estado puede ponderar diversos fines y medios en el diseño del sistema electoral, siempre que sean legítimos y se encuentren justificados en una sociedad democrática.

Como quedó expuesto, la CADH en su artículo 23.2 establece expresamente la posibilidad-necesidad de regulación de los derechos políticos.<sup>153</sup> La CorteIDH sujeta la aplicación de las restricciones al cumplimiento del test de razonabilidad,<sup>154</sup> exigiendo que la medida se ajuste a las reglas de legalidad, necesidad y proporcionalidad y garantice el contenido esencial del derecho.<sup>155</sup>

Un caso vinculado al tema electoral es *Leopoldo López Mendoza versus Venezuela*,<sup>156</sup> pues la CorteIDH consideró que el Estado violó los artículos

<sup>149</sup> Cf. Nogueira Alcalá, H., “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 339-362.

<sup>150</sup> García Roca, J., “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos”, en García Roca y Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009, p. 913.

<sup>151</sup> El TEDH inicialmente se limitó a reproducir el carácter institucional de la literalidad del derecho a las elecciones libres del artículo 3 del Protocolo 1 y posteriormente fue ampliando el alcance de este derecho a las elecciones. Entre la amplia jurisprudencia, Cf. TEDH, Sentencia del 2 de marzo de 1987; TEDH, Sentencia del 6 de abril de 2000, *Labita vs. Italia*; Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica Sentencia del 19 de octubre de 2004, *Melnitchenko vs. Ucrania*; TEDH, Sentencia del 15 de junio de 2006, *Lykourezos vs. Grecia*.

<sup>152</sup> Sobre el test de razonabilidad, la Corte se pronunció desde su OC “*La Colegiación Obligatoria de los periodistas*” y Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

<sup>153</sup> González, W., “El Derecho al sufragio: análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy et al., *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 533-554.

<sup>154</sup> CorteIDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

<sup>155</sup> CorteIDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

<sup>156</sup> El caso versó sobre la compatibilidad o no de las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular y su incompati-

23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza. En efecto, el Contralor general de República Bolivariana de Venezuela, inhabilitó al señor Leopoldo López para el ejercicio de cargos públicos por incurrir en faltas administrativas contra la Hacienda Pública. La CorteIDH se pronuncia en el sentido de que la sanción administrativa no es causa justificada de restricción del derecho al sufragio pasivo, porque no cumple los elementos previstos en el párrafo 2 del artículo 23, no es impuesta por un juez competente, no se dicta en el marco de un proceso penal y por lo tanto no constituye una condena. La CorteIDH señala que los procedimientos administrativos seguidos contra el demandante vulneraron el derecho de defensa e incumplieron la garantía de tutela judicial del sufragio pasivo, lo que provocó la aplicación automática de la sanción.

De conformidad con la jurisprudencia europea la CorteIDH admite que las normas pueden contemplar un ámbito de discrecionalidad, lo que no es incompatible con el grado de previsibilidad que deben cumplir, siempre que pueda ser ejercido con claridad y supere el *test de previsibilidad de la norma*.<sup>157</sup> En este caso la norma no supera el test porque la de falta determinación de un plazo para la imposición de la sanción afecta el principio de seguridad jurídica y provoca que sea arbitraria. El sentido del artículo 23.2 de la CADH es que nadie puede ser privado o suspendido de su derecho político al sufragio, en sus modalidades de derecho activo y pasivo, sino es producto de un pronunciamiento judicial en el que se hayan salvaguardado todas las garantías.<sup>158</sup>

En el caso Leopoldo López *versus* Venezuela, el juez Diego García Sayán en su voto concurrente razonado expresó: “Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”. Como lo ha dicho la Corte Interamericana, “[...]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un «principio» reafirmado por los Estados americanos en la

bilidad con la Convención Americana. *Cfr.* CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 10. de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>157</sup> La norma debe ser: 1) adecuadamente accesible, 2) suficientemente precisa, y 3) previsible. Este último implica el cumplimiento del “test de pervisibilidad”, el cual contempla tres criterios para determinar si una norma es suficientemente previsible: 1) el contexto de la norma bajo análisis, 2) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y 3) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma.

<sup>158</sup> *Amicus curiae* brief filed by: Human Rights Foundation, Inter-American Court of Human Rights, Case No. 12.668, Leopoldo López Mendoza *vs.* The Bolivarian Republic of Venezuela.

Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. En este instrumento interamericano se estipuló que entre otros elementos esenciales de la democracia representativa se encuentran el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho así como la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.<sup>159</sup>

En el mismo caso Leopoldo López *versus* Venezuela el juez Eduardo Vio Grossi, con fundamento en el artículo 27 de la Convención de Viena, indica que la buena fe “importa partir del supuesto de que los Estados partes de la Convención efectivamente quisieron celebrarla y, en la especie, incluir en ella el artículo 23.2”, razón por la cual la sentencia lo que hace es “descubrir o escudriñar” lo convenido por los Estados como creadores de la norma, “estimado que esa voluntad conlleva, conforme al principio *pacta sunt servanda*, la obligación de cumplir lo pactado, incluso con preeminencia de lo que dispongan sus respectivos derechos nacionales o internos”. Eduardo Vio Grossi insiste en el *objeto y fin* de la CADH para subrayar que, siendo “el debido respeto y resguardo de los derechos humanos al que los Estados partes se han comprometido, no puede sino concluirse de que lo que pretende con su artículo 23.2 es, por lo tanto, que se restrinjan o reglamenten lo menos posible los derechos y oportunidades consagrados en su artículo 23.1, entre ellos, el derecho a ser elegido o derecho de sufragio pasivo”.<sup>160</sup>

La CorteIDH reitera la relevancia de la garantía convencional relativa al derecho a elegir y ser elegido, consolidando este estándar del *ius constitutionale commune* democrático.

### c. Independencia del Poder Judicial

Siguiendo el estudio de la CDI y la CADH como instrumentos reguladorio del régimen de protección de la democracia, reitero que la CDI ubica dentro de los elementos esenciales de la democracia “la separación e independencia de los poderes públicos” (artículo 3). Por su parte, conforme al

<sup>159</sup> Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - caso López Mendoza *vs.* Venezuela, del 1o. de septiembre de 2011, párr. 26.

<sup>160</sup> Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia de la CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011, párrs. 1 y 4.

artículo 8.1 de la CADH referido a las garantías judiciales, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”.

Un precedente de características singulares en la región lo representó el caso del Tribunal Constitucional contra Perú (2001),<sup>161</sup> porque se trató de la destitución de jueces en el periodo fujimorista,<sup>162</sup> y la Corte reconoció necesario asegurar la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho, especialmente en tribunales constitucionales, lo que demanda: *a) un adecuado proceso de nombramiento, b) un mandato con plazo cierto y c) garantías contra presiones externas.*

Sin embargo, los rasgos focales del desarrollo jurisprudencial por parte de la CorteIDH en cuanto a la independencia del Poder Judicial pueden sintetizarse a partir del caso paradigmático Chocrón Chocrón *versus* Venezuela,<sup>163</sup> en el que se hace hincapié en los estándares sobre el alcance de las garantías judiciales y la protección judicial efectiva para los jueces. El órgano supranacional ha precisado que dicha independencia es “esencial para el ejercicio de la función judicial”<sup>164</sup> y “constituye uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos”,<sup>165</sup> a fin de evitar que “el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por

<sup>161</sup> CorteIDH. Caso Aguirre Roca y otros *vs.* Perú (Caso del Tribunal Constitucional). Sentencia del 31 de enero de 2001.

<sup>162</sup> La carencia de independencia judicial y el llamado “acoso” del ejecutivo sobre los órganos de justicia se puso de manifiesto en la época del régimen de Fujimori bajo el pretexto “medidas” y “reformas” aparentando una lucha contra la corrupción y condujeron, entre otros, a la destitución de tres Magistrados del Tribunal Constitucional por la mayoría parlamentaria. El control se realizó a través de la denominada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y de la designación generalizadas y mayoritaria de jueces provisionales, todo lo que con el retorno a la democracia se demostró con los “vladivideos”, “llamadas telefónicas”, etcétera. *Cfr. Presunción fundada: pruebas que comprometen a Fujimori*, Human Rights Watch, vol. 17, núm. 6 (B), Perú, 2005, pp. 5 y ss.

<sup>163</sup> CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10. de julio de 2011. Serie C No. 227.

<sup>164</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67. También manifestó este criterio en el Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

<sup>165</sup> CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 73 y CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”.<sup>166</sup> Derivadas de la independencia judicial se enuncian una serie de derechos como un adecuado proceso de nombramiento,<sup>167</sup> la inamovilidad en el cargo<sup>168</sup> y la garantía contra presiones externas. Apoya su criterio en los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura<sup>169</sup> y en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>170</sup>

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo analizan, entre las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, el tema de la estabilidad e inamovilidad de los jueces. Basan su análisis en las decisiones de la CorteIDH en los tres casos relativos a la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela desde 2009, ya que su común denominador está dado por el hecho “de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999”. El Tribunal de San José se ha pronunciado en los *Casos Apitz Barbera y otros*<sup>171</sup> y *Reverón Trujillo* de 2009 contra Venezuela,<sup>172</sup> así como *Chocrón Chocrón* en el 2011.<sup>173</sup>

Destacan el aporte de la CorteIDH al encontrar

<sup>166</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

<sup>167</sup> CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 75.

<sup>168</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197 párr. 70.

<sup>169</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 156. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

<sup>170</sup> ECHR, Case of Campbell and Fell vs. the United Kingdom, Judgment of 28 June 1984, Series A No. 80, párr. 78; ECHR Case of Langborger vs. Sweden, Judgment of 22 January 1989, Series A No. 155, párr. 32.

<sup>171</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

<sup>172</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

<sup>173</sup> CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2011. Serie C No. 227.

...violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la omisión legislativa para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta la ausencia de garantías de inamovilidad que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente.

En este rubro se toman en cuenta tres garantías como son la inamovilidad, la independencia en sentido estricto y el mínimo de estabilidad.

### Garantía de la inamovilidad

Respecto a Apitz Barbera y otros ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, destituidos en virtud de que supuestamente habían incurrido en un error judicial inexcusable, la CorteIDH en su sentencia del 5 de agosto de 2008, estableció que el Estado “no garantizó el derecho de los magistrados destituidos a ser juzgados por un tribunal imparcial” y además que

...el propio Poder Judicial venezolano ha condenado la omisión legislativa en la adopción del Código de Ética, lo cual ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ.<sup>174</sup>

En este proceso, aunque no quedó demostrado que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) haya actuado presionada por el Ejecutivo para destituir a los ex jueces, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ, no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario.<sup>175</sup>

La garantía de la inamovilidad y la independencia del Poder Judicial están consideradas en los principios Básicos de las Naciones Unidas Relati-

<sup>174</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182 y CorteIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

<sup>175</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, parr. 147.

vos a la Independencia de la Judicatura<sup>176</sup> y es jurisprudencia reiterada tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Europea.<sup>177</sup> La Comisión Interamericana destaca por su lado la importancia de los mecanismos de designación de los jueces, la estabilidad en su cargo y la capacitación profesional como garantías necesarias para asegurar el cumplimiento adecuado e independiente de las funciones judiciales.<sup>178</sup>

Para la Corte la inamovilidad es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual.<sup>179</sup> En el caso que nos ocupa, el Tribunal Interamericano observó además que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la realización de concursos públicos de oposición, y muchos de éstos habían sido titularizados a través del “Programa Especial para la Regularización de la Titularidad”.<sup>180</sup> Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas que no formaban parte del Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente. La CorteIDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición.<sup>181</sup>

En el marco de esta investigación es interesante resaltar que en el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, el representante de los afectados alegó que

<sup>176</sup> Casos citados: CorteIDH. Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 75; CorteIDH. Palamara Iribarne *vs.* Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 156, y CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, párr. 138. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

<sup>177</sup> CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia d 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile. Sentencia d 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 156. CEDH. Case of Campbell and Fell *v.* the United Kingdom, Judgment of 28 June 1984, Series A No. 80, párr. 78; Case of Langborger *v.* Sweden, Judgment of 22 January 1989, Series A No. 155, para. 32. Principio 10 de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

<sup>178</sup> CorteIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. 22 de octubre de 2002, párr. 229.

<sup>179</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, párrs. 75-79 y 114.

<sup>180</sup> *Ibidem*, párrs. 43, 244.

<sup>181</sup> *Ibidem*, párrs. 43, 244.

el Estado había violado los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29 [c] de la Convención) y de la Carta Democrática Interamericana en relación con lo dispuesto por el artículo 29 [d] de la Convención. La CorteIDH, en su decisión, citó el argumento del representante que vale la pena transcribir:

...la Carta Democrática Interamericana “no es una simple declaración política, desprovista de valor jurídico, sino que es el reflejo del Derecho preexistente”. Agregó que en dicho instrumento “los Estados han asumido obligaciones internacionales que no pueden ser irrelevantes para el ejercicio de los derechos humanos”. Según el representante, la lectura conjunta de estos artículos permite deducir un “derecho a la democracia” que en este caso se relaciona con “el ejercicio del poder de conformidad con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la independencia del [P]oder [J]udicial”. En este sentido, alegó que “la violación de los derechos de los peticionarios es [...] una consecuencia del debilitamiento de la democracia y de la falta de independencia de los poderes públicos en Venezuela”, toda vez que responde a “a injerencia del Poder Ejecutivo, directamente a través del presidente de la República, en las funciones constitucionales del Poder Judicial”. La Comisión no alegó violación de estos artículos, pero sí anunció su “utilización [...] como pauta interpretativa” El Estado no presentó alegatos sobre este punto.”<sup>182</sup>

El Tribunal de San José al decidir no consideró procedente la alegada violación del artículo 29.c) y 29.d) de la Convención Americana en relación con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, ya que, según su criterio, los problemas interpretativos del caso se habían analizado a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención.<sup>183</sup>

### Garantía de la independencia judicial en sentido estricto

El *Caso Reverón* se refiere a la destitución arbitraria del cargo de juez que la señora Reverón Trujillo ocupaba en febrero de 2002. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al decidir el recurso interpuesto por la prenombrada señora Reverón, decretó en 2004 la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, sin ordenar su restitución, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados

<sup>182</sup> *Ibidem*, párr. 216; CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“corte primera de lo contencioso administrativo”) *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 216.

<sup>183</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, párr. 223.

de percibir. El Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso intentado no resultó *efectivo* por incapaz de remediar, en forma integral, la violación a sus derechos.<sup>184</sup>

El mismo patrón de destitución arbitraria se sigue en el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* de 2011.<sup>185</sup> La Corte consideró que el Estado incumplió tanto con su deber de motivar la decisión que dejó sin efecto el nombramiento de la señora Chocrón Chocrón como jueza temporal, como con su obligación de permitir una defensa adecuada, vulnerando las garantías establecidas en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>186</sup> El Tribunal Interamericano notó que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución de ese país estableció que la legislación referida al Sistema Judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente.<sup>187</sup>

### Garantía de un mínimo de estabilidad

Para la CorteIDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de libre remoción de los jueces provisорios y temporales, a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de estabilidad.<sup>188</sup>

Así, la CorteIDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisорios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y

<sup>184</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 2.

<sup>185</sup> CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10. de julio de 2011. Serie C No. 227.

<sup>186</sup> *Ibidem*, párr. 141.

<sup>187</sup> *Ibidem*, párr. 56.

<sup>188</sup> *Ibidem*, párr. 142.

efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2 en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.<sup>189</sup>

### B. *Protección de los componentes fundamentales del ejercicio democrático*

La evolución de la construcción del *ius constitutionale commune* para garantizar el respeto por los derechos sociales como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4), única categoría a analizar en este apartado, abarca diversas etapas. La CADH estipula sólo una norma sobre los derechos sociales (DESC) y durante las fases iniciales estos derechos se protegieron por la vía de la conexidad con otros derechos. Más adelante la CorteIDH, como ya he mencionado, dicta sentencias para proteger a grupos vulnerables que han estado sometidos a patrones de desigualdad estructural y exclusión. Esta es la ruta que se detallará en las siguientes líneas.

Mucho se ha debatido acerca de que los niveles de garantías de los derechos sociales no adolecen “de una especie de inexistente alergia a su defensa jurídica”.<sup>190</sup> Sin embargo, hay una limitación natural proveniente del tenor literal de la CADH, ya que es evidente la “austeridad” con la que se regula el régimen de los derechos sociales. Sólo contempla una disposición sobre la aplicación progresiva de los derechos sociales (artículo 26), sumado a que el Protocolo de San Salvador, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, prevé el sistema de peticiones individuales exclusivamente para los derechos a la educación y a la libertad sindical (artículo 19.6).

Como se desprende de la ampliación de la agenda de la jurisprudencia garantista de la democracia en sentido material, hay abundantes pronunciamientos del Tribunal de San José atinentes a dar respuesta a las violaciones de la democracia por incumplir el respeto de los derechos sociales como lo dispone la CDI en su artículo 4, componente fundamental para el ejercicio democrático.

En la jurisprudencia se ha acudido a una interpretación evolutiva para desarrollar la jurisprudencia tuitiva de los DESC, aplicando la conexión con los derechos civiles y políticos, la llamada protección indirecta de los

<sup>189</sup> *Ibidem*, párr. 142.

<sup>190</sup> En la doctrina española, se ha advertido que nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos auténticos derechos: Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, 2005, pp. 58 y ss. En la doctrina latinoamericana, entre múltiples estudios, *Cfr.* Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, p. 20.

DESC.<sup>191</sup> A la luz de una interpretación dinámica de la Convención Americana como un instrumento vivo,<sup>192</sup> el Tribunal de San José afirma que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente, sino, por el contrario, contiene tanto una dimensión negativa —el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente— así como la dimensión positiva —medidas estatales positivas apropiadas para la protección del derecho a la vida digna—. En este contexto es constatable un cambio de paradigma desarrollado por la CorteIDH acerca de la protección de grupos vulnerables, pues han pasado de ignorados a protagonistas, de significativo impacto en la región más desigual del mundo.<sup>193</sup> Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, ex jueces de la CorteIDH, señalan que “las necesidades de protección de los «más débiles» requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”.<sup>194</sup>

Paradigmático por ejemplo es el caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil,<sup>195</sup> en el que la Corte no se pronuncia directamente sobre la violación de los DESC, pero deja sentado una doctrina sobre el contenido del derecho a la salud, insertando su protección y efectividad en el contexto de las obligaciones *erga omnes* (inclusiva de obligaciones derivadas de las relaciones inter-individuales),<sup>196</sup> destacando que existe un deber de cuidar y un deber de

<sup>191</sup> Aguilar Cavallo, G., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011.

<sup>192</sup> Corte Interamericana. Villagrán Morales *et al vs.* Guatemala (Caso Niños de la Calle). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

<sup>193</sup> Entre tantas fuentes, *Cfr.* Panorama social y la hora de la igualdad de la Cepal, Mundo Indígena, CELS y ONGs de derechos humanos.

<sup>194</sup> Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en el Caso de los “Niños de la Calle” [Villagrán Morales y otros], Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 7.

<sup>195</sup> CorteIDH. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

<sup>196</sup> “La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”. CorteIDH. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 85, p. 27.

regular, de los cuales emanan, por supuesto, obligaciones positivas para el Estado.

Básicamente las decisiones de protección de los DESC están imbuidas de la idea de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En materia de derecho a la salud, la Corte se ha pronunciado en el caso Anzualdo Castro *vs.* Perú sobre el deber del Estado en cuanto a su gratuidad, inmediatez, adecuación y efectividad, así como amplitud a la cobertura de medicamentos.<sup>197</sup> Ha invocado no sólo el derecho a la vida, sino también la protección al derecho a la integridad personal, como en el caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador, referente a la supuesta negligencia médica en hospital privado. Contra Perú se han decidido casos paradigmáticos en materia de DESC: en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)<sup>198</sup>, que versó sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte protegió el derecho al trabajo por la vía de la violación al debido proceso legal y protección judicial; en el caso “Cinco Pensionistas”,<sup>199</sup> relativo a la modificación del régimen de pensiones en Perú, la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con base en la violación al derecho de seguridad social y en el caso Huilca Tecse<sup>200</sup> invocó la libertad sindical. En el caso Acevedo Buendía y otros contra Perú,<sup>201</sup> se marca un nuevo hito con una sentencia “de principio” (*arrêt de principe*),<sup>202</sup> pues la Corte llenó de contenido a la cláusula de progresividad para asegurar su justiciabilidad.

Otra ampliación característica de la expansión del derecho a la vida se manifiesta en el “derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida”. Esta interpretación ha establecido un importante horizonte para la protección

<sup>197</sup> Véase igualmente CorteIDH. Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 203, p. 63.

<sup>198</sup> Corte Interamericana. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

<sup>199</sup> Corte Interamericana. Caso Cinco Pensionistas *vs.* Perú. Sentencia del 28 febrero de 2003. Serie C No. 98.

<sup>200</sup> CorteIDH. Huilca Tecse *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121; CorteIDH. Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

<sup>201</sup> CorteIDH. Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 10. de julio de 2009. Serie C No. 198.

<sup>202</sup> Burgorgue-Larsen, L., “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos. Los avances del asunto Acevedo Buendía *vs.* Perú”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011.

de los derechos sociales.<sup>203</sup> En diversos casos del contexto suramericano, la Corte ha considerado el proyecto de vida en materia de reparaciones de modo singular. Por ejemplo en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* fijó que en la relación con el daño al proyecto de vida y la alteración a sus condiciones de existencia que se gestione una beca que se ofrezca en Colombia para un curso y estudio en la rama, oficio y temática que la[s] víctimas deseen estudiar.<sup>204</sup> Además respecto al derecho a la salud, específicamente la atención médica y psicológica y debido tratamiento de medicamentos, dispuso que el Estado brinde dicha atención gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva a través de sus instituciones de salud especializadas.<sup>205</sup>

Luego de esbozadas estas directrices se hace indispensable ratificar que, bajo el enfoque sostenido en esta investigación, la efectivización de los derechos sociales tiene una preeminencia en la agenda del ejercicio democrático en la región, debido precisamente a la desigualdad y exclusión social que la caracteriza, como se perfiló desde la introducción como uno de los rasgos que dibujan el vaso medio vacío de la democracia. La contrapartida es la inclusión, entendida como uno de los conceptos claves del *ius constitutionale commune*.<sup>206</sup>

#### a. Reiterando la justiciabilidad de los DESC

En efecto, el artículo 26 de la Convención establece que:

<sup>203</sup> Entre la abundante bibliografía, Cançado Trindade, A., “A Justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, 1998; García Ramírez, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, 2003; Rossi, J. y Abramovich, V., “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004. En perspectiva comparada, Langford, M., *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2009.

<sup>204</sup> CorteIDH. Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 227, pp. 67-68.

<sup>205</sup> CorteIDH. Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Serie C No. 192, párr. 238, p. 69.

<sup>206</sup> Particularmente desde el proyecto del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. *Cfr.* von Bogdandy *et al* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011; von Bogdandy, A., “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez y Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2013, pp. 57 y s.

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

Se encuentran diversas críticas relativas no sólo a la formulación de la disposición en concreto, sino también por las diversas posturas respecto al tema general de la justiciabilidad de los derechos sociales (DESC). En cuanto a la norma, se argumenta que puede considerarse superflua y débil, en el entendido de que la protección de los DESC encuentra fundamento en la Carta de la OEA y en la DADH.<sup>207</sup> Ciertamente, el régimen jurídico interamericano en materia de DESC se configura por la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador así como los instrumentos *soft law* y la propia jurisprudencia interamericana, que se explicará más adelante. Como bien se afirmó desde 1993, “la democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono”.<sup>208</sup>

En relación al debate más general sobre la justiciabilidad de los DESC, antes identificados como derechos programáticos,<sup>209</sup> hoy la mayor parte de los autores afirman su justiciabilidad, independientemente de la escueta formulación del artículo 26 de la CADH. Tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, en la expresión de Roberto Gargarella, ha significado prestar atención a los “tiempos sociales” y atender asuntos sensibles a cuestiones básicas de justicia. Los DESC generan sistemáticamente numerosos “mitos”.<sup>210</sup> No obstante, en el ámbito latinoamericano se ha elaborado una sólida argumentación dogmático-jurídica para pasar del paradigma de la no justiciabilidad al nuevo paradigma de su plena exigibilidad como derechos capaces de ser reclamados por vía judicial, del mismo modo que los

<sup>207</sup> Gros Espiell, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparative”, *RCADI*, vol. 218, 1989, p. 291.

<sup>208</sup> ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/CONE157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993.

<sup>209</sup> Rodríguez Rescia, V., *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*, San José, 2004, p. 1.

<sup>210</sup> Mejía R., “Cinco mitos sobre los DESC”, *Revista CEJIL*, núm. 3, septiembre de 2007, pp. 58-69.

derechos civiles y políticos. Como afirma Flávia Piovesan, es equivocada y simplista la visión que clasifica a los derechos en función de las prestaciones positivas y negativas en cabeza del Estado, imputando a los DESC las primeras y a los derechos civiles y políticos una mera abstención estatal.<sup>211</sup>

Entre los planteamientos básicos se citan la inconsistencia del argumento relativo al mayor coste económico de los derechos sociales y la carencia de validez de la distinción binaria entre derechos que comportarían una obligación de intervención (sociales) y derechos que conllevarían una obligación de abstención (civiles). Por el contrario, el disfrute de los derechos civiles y políticos acarrea un coste nada desdeñable.<sup>212</sup> Los derechos económicos, sociales y culturales, como todos los demás derechos humanos, imponen una serie de obligaciones (tanto positivas como negativas) a los Estados y que los tribunales y otros órganos jurisdiccionales pueden determinar, caso por caso, si los derechos han sido violados, ya sea por la acción del Estado, la inacción o una combinación de ambos. Se reconoce la influencia de la doctrina internacionalista en este cambio de paradigma originario de una categorización ternaria extensible a todos los derechos y que implica una obligación de proteger, de respetar y de realizar.<sup>213</sup>

Un sector de la doctrina ha puesto de relieve la regulación de la progresividad, destacando su convergencia con la normativa internacional y que el artículo 26 de la CADH es el equivalente del principio de progresividad y no regresividad del Pacto Internacional sobre DESC, aunque no debe tenerse como una base jurídica justificable.<sup>214</sup> El Pacto Internacional contempla la posibilidad del monitoreo vía informes periódicos y el Comité ha precisado la naturaleza y la extensión de las obligaciones de los Estados. En el ámbito interamericano le correspondería al juez decidir con base en el principio de no discriminación o extraer todas las consecuencias de la obligación de adoptar las medidas precisas.

La (re) construcción normativa del régimen normativo común en materia de derechos sociales no está determinada por el contenido literal de la Convención. Por el contrario, factores contextuales determinan el llamado

<sup>211</sup> Piovesan, F., “Protección de los derechos sociales. Retos de un *ius commune* para Sudamérica”, *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011, p. 353.

<sup>212</sup> González Martín, N. y Chávez Sánchez, O., *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, 2008.

<sup>213</sup> Por ejemplo, ya Van Hoof, F., “The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views”, Alston y Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, p. 97.

<sup>214</sup> Comentario de Laurence Burgorgue-Larsen sobre el caso Acevedo Buendía, p. 3.

“constitucionalismo de la pobreza”<sup>215</sup> en la región suramericana, vinculado a la necesidad de superar los grandes niveles de desigualdad material. En lo concerniente al contexto<sup>216</sup> y tomando en cuenta la historia poscolonial, parece insoslayable vincular la construcción de la democracia no sólo a la superación de dictaduras militares, sino también superar el legado de desigualdad y pobreza.<sup>217</sup>

El cambio del paradigma y de la agenda respecto a los DESC viene marcado por una doble corriente doctrinaria y jurisdiccional: en primer lugar, enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales vulnerables (léase mujeres, niños, pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad física/mental, personas privadas de libertad, entre otros), y, en segundo lugar, utilizar la interpretación del principio de igualdad en clave social para trascender el alcance tradicional limitado a los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana. El instrumentario interamericano siempre va de la mano con el internacional y por ello se inscribe en el espíritu que ha movido a la Asamblea General de las Naciones Unidas a adoptar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que pretende llenar el vacío respecto a la inexistencia de procedimientos efectivos de protección internacional de los derechos consagrados en este instrumento.<sup>218</sup>

La ruta interamericana viene determinada esencialmente por la creación de estándares jurisprudenciales. Tal como se viene sosteniendo, los pronunciamientos del Tribunal de San José se han ocupado, particularmente, de proteger los DESC de los grupos vulnerables (migrantes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, entre otros.) Se limitará el

<sup>215</sup> Cifuentes Muñoz, E., “El constitucionalismo de la pobreza”, *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 2, 1995, pp. 53-78.

<sup>216</sup> Rodolfo Arango simboliza la diferencia contextual con Europa con la metáfora de madre e hija: Europa aprendió a lo largo de su historia a ser democrática y construyó una comunidad solidaria gracias a las luchas políticas y sociales en pos de la libertad y en contra de regímenes absolutistas y totalitarios. Latinoamérica, pese a ser hija de Europa, ha venido construyendo su conciencia común bajo un desafío diferente al de la falta de libertad. Arango Rivadaneira, R., “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”, *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011.

<sup>217</sup> Los estudios empíricos demuestran que al día de hoy, todavía en Latinoamérica hay 184 millones de pobres y 68 millones de indigentes (Panorama Social, CEPAL, 2011). Según los datos de los objetivos del milenio persiste la desigualdad porque 10% más rico acapara el 40% de los ingresos totales (Banco Mundial).

<sup>218</sup> Courtis, C., *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Bogotá, 2008.

examen de la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas por guardar esta una triple relación con el objeto de esta obra. Primero, porque pone de manifiesto la protección pionera de la CorteIDH por configurar el *ius constitutionale commune* en materia de grupos vulnerables. Segundo, porque evidencia uno de los caracteres de los Estados suramericanos en cuanto a su multiculturalidad, aunque muestre distintos matices. Tercero, esta jurisprudencia remarca la estrecha relación entre condiciones de existencia digna, igualdad y participación, puntos centrales del principio democrático.

*b. Protegiendo los DESC de los grupos vulnerables: los pueblos indígenas*

La CorteIDH ha sido pionera en su jurisprudencia garantista de los derechos de los pueblos indígenas desde su *leading case* *Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001).<sup>219</sup> Desde ese entonces hasta ahora la evolución jurisdiccional se orienta por el postulado de la protección de este grupo desde su especial situación de vulnerabilidad y bajo el entendido de su necesaria garantía para la consolidación democrática. En esta dirección, al conocer la CorteIDH del caso reciente (2012) relativo al otorgamiento por parte de Ecuador de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, se pronunció sobre la Carta Democrática Americana. Citó específicamente el artículo 9 que dispone que “la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas [...], contribuy[e] al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.<sup>220</sup> Éste es el enfoque asumido en esta investigación.

La vulnerabilidad como principio rector de la jurisprudencia supranacional interamericana respecto a las comunidades indígenas, basada en la relevancia del derecho a la vida, a la subsistencia tanto física como cultural, a la integridad personal tanto de los miembros individualmente considerados como del grupo y a su propia existencia como grupo, étnica y culturalmente diferenciado, representa un valioso legado de garantía de la demo-

<sup>219</sup> CorteIDH. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community *vs.* Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto 2001, Serie C No. 79.

<sup>220</sup> CorteIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 299.

cracia y puede catalogarse como uno de los acervos de mayor impacto del *ius commune* tuitivo de los derechos de las comunidades indígenas.<sup>221</sup>

Referido a los pueblos indígenas, que en toda Latinoamérica representan un 10% de la población según la estadística de 2010,<sup>222</sup> se observa la paradoja entre normatividad y praxis: 9 de las 10 Constituciones de los países analizados regulan los derechos de los pueblos indígenas, todos han suscrito el Convenio 169 de la OIT y todos han votado a favor de la Declaración del los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero los casos de violación de sus derechos son notorios, como lo demuestra la destrucción ambiental y social de la Amazonía ecuatoriana que involucra a la empresa Chevron-Texaco, el plan para construir una carretera transoceánica a través de un territorio indígena boliviano o las exigencias expuestas en Brasil en los trabajos preparativos de Río+20 para la inclusión de la cultura como cuarto pilar del desarrollo sostenible.<sup>223</sup>

Al centrarnos en este estudio en diez países suramericanos, se ejemplificará este desarrollo garantista de las comunidades indígenas como grupos históricamente vulnerables<sup>224</sup> con los casos paradigmáticos contra Paraguay. La CorteIDH ratifica la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida,<sup>225</sup> su concepción sobre la propiedad comunal<sup>226</sup> y la preservación de la propia identidad cultural de los pueblos indígenas.<sup>227</sup> Todo ello sirve de marco para la salvaguarda de los DESC de este grupo vulnerable.

<sup>221</sup> Aguilar Cavallo, G., “¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas (Parte I)”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, diciembre de 2010, pp. 41-83, pp. 47 y ss.

<sup>222</sup> En América Latina los pueblos indígenas tienen una gran diversidad, representan un 10% de la población general, pero con porcentajes diferentes de país a país (en Bolivia constituyen la mayoría de la población, en Venezuela el 2%) y la mayoría de las comunidades indígenas viven en pobreza. Cf. El mundo indígena 2010, IWGIA, Copenhagen, 2010, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0281\\_MI\\_10.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0281_MI_10.pdf).

<sup>223</sup> Cf. Mikkelsen, C., *El Mundo Indígena 2012*, Copenhagen, 2012, pp. 116-207.

<sup>224</sup> Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008.

<sup>225</sup> *LeadingCase* “Niños de la Calle”. Cf. CorteIDH. Caso Villagrán Morales y Otros *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 noviembre de 1999. Serie C No. 63.

<sup>226</sup> El *leading case* la Comunidad Awá Tingni. Cf. CorteIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni *vs.* Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

<sup>227</sup> En el punto 13 del voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso Comunidad Yakye Axa se cita “Uno no puede vivir en un constante desarraigado y abandono. El ser humano tiene necesidad espiritual de raíces. Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos

## La vida y la propiedad de los pueblos indígenas en la sociedad democrática

En primera instancia hay que partir de la protección del derecho a la vida. La CorteIDH afirma que “es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”.<sup>228</sup> Formando parte del derecho a la vida regulado en el artículo 4 de la CADH, la CorteIDH sostiene la obligación del Estado de garantizar asistencia médica sanitaria así como el acceso a la alimentación, porque de lo contrario incurre en violación del mencionado artículo 4. Según la CDI, se contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana cuando se elimina “toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas” (artículo 9, CDI).

En el caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa, la Corte asegura el derecho de los pueblos indígenas a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, pero adecuados a su perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. De modo igualmente vinculado con los rasgos propios de este grupo vulnerable, el órgano jurisdiccional determina la dimensión colectiva que para los pueblos indígenas tiene la salud y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones.

La CorteIDH de modo reiterado vincula la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas en torno al concepto de propiedad colectiva. Clarifica que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra

“pertenece” a sus tierras. En este caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakyé Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida lato sensu.”. Cf. voto razonado del juez Cancado Trindade, Comunidad Indígena Yakyé Axa *vs.* Paraguay. Sentencia del 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

<sup>228</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa *vs.* Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161, p. 88.

debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.<sup>229</sup> El “elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad mucho más amplia que la concepción civilista (iusprivatista)... La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras).<sup>230</sup>

Avanzando en la interpretación amplia del concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, el Tribunal de San José señala que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Según el Tribunal de San José, “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.<sup>231</sup> Los linderos de esta concepción abarcan

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tra-

<sup>229</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 131, p. 79. En el voto razonado del juez Cançado Trindade se cita “Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional”. *Cfr.* Kiss, A. C., “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 175, 1982, pp. 109-253; Brown Weiss, E., *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989, pp. 1-351; Symonides, J. (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, París, 1998, pp. 1-153.

<sup>230</sup> *Cfr.* voto razonado del juez Cançado Trindade. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>231</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120, p. 70.

dicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.<sup>232</sup>

### El respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas

El Tribunal de San José propugna una concepción que asocia la propiedad sobre la tierra con la garantía de conservación del patrimonio cultural de los miembros de las comunidades indígenas.<sup>233</sup> Atendiendo también a los desarrollos del derecho internacional, especialmente la tríada de las significativas Convenciones de la Unesco, conformada por la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, y la Convención de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales, la CorteIDH advierte que

[...]as afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.<sup>234</sup>

De modo placativo Antônio Cançado Trindade pone de relieve que esta jurisprudencia tuitiva se inscribe en la línea de la “*humanización* del derecho internacional, y la conformación de un nuevo *ius gentium* en este inicio del siglo XXI, de un derecho internacional para la humanidad”.<sup>235</sup> La CorteIDH

<sup>232</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Serie C No. 146, parr. 128, p. 71.

<sup>233</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146, p. 82.

<sup>234</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Serie C No. 125, párr. 167, p. 90.

<sup>235</sup> Cançado Trindade, A., “General Course on Public International Law – International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 2005, cap. XIII.

apuesta por el reforzamiento de la identidad cultural bajo un enfoque anti-homogeneizador.<sup>236</sup> Se argumenta que no es posible el desarraigó, dada la necesidad espiritual del ser humano por sus raíces.

Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos “pertenecen” a sus tierras. En el presente caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*.<sup>237</sup> Reconstruyendo la universalidad de los derechos a partir del relativismo cultural, la ingeniosa Corte se apoya en la especificidad de las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas, en sus usos, costumbres y tradiciones, en la necesidad de salvaguardarlos y prescribe un propio derecho indígena.<sup>238</sup>

La Corte expresó que

[...]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.<sup>239</sup>

#### Responder a la “marginalización”: las medidas positivas y los DESC de los pueblos indígenas

Mención aparte es ineludible respecto al más reciente caso contra Paraguay, referido a la Comunidad Indígena Xákmok Kásek,<sup>240</sup> porque además

<sup>236</sup> Los Estados nacionales se formaron bajo el prisma de la homogeneidad. Para un estudio exhaustivo sobre la nueva normatividad indígena, las reivindicaciones multiculturales y las resistencias homogeneizadoras, *Cfr. Giraudo, L. (ed.), Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América latina contemporánea*, Madrid, 2008.

<sup>237</sup> Voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade en el caso de la comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay. Serie C No. 125, párr. 13.

<sup>238</sup> Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008, p. 72.

<sup>239</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Serie C No. 125, párr. 135, p. 79.

<sup>240</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

de reiterar que los elementos incorporales que se desprenden de la propiedad comunal indígena deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana y que los Estados deben brindar las prestaciones básicas en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación para proteger el derecho a una vida digna de un determinado grupo de personas en condiciones de especial vulnerabilidad (riesgo especial, real e inmediato),<sup>241</sup> la Corte se pronuncia sobre la marginalización. La Corte estableció que se evidencia una discriminación *de facto* en contra de un determinado grupo de personas, cuando son marginalizados en el goce de sus derechos, sin que se adopten las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Hay una falta de recursos adecuados y efectivos que protejan los derechos de los indígenas; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a dichos miembros, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.<sup>242</sup>

Agrega el Tribunal de San José, al tratar el tema de la educación que, conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma<sup>243</sup>. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa<sup>244</sup>. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada.<sup>245</sup> Sin duda, en el caso de la situación de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek se dejó claro que está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. Y la Corte asevera: “En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales,

<sup>241</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, párrs. 194-217.

<sup>242</sup> *Ibidem*, párr. 271.

<sup>243</sup> Véase artículo 13.3a del Protocolo de San Salvador, sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, que indica que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”.

<sup>244</sup> Cf. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1.

<sup>245</sup> Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50.

sino en la miseria”. Un aporte concreto para avanzar en el *ius constitutionale commune* democrático en la región suramericana.

### C. Rasgos comunes en la protección

¿Cómo comprender el alcance de esta protección? En este espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura jurídica representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.<sup>246</sup> Por esta razón, la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana ha logrado concretización en virtud de dos premisas características del contexto suramericano: el enfoque de complementariedad entre los distintos sistemas de protección de derechos humanos y el impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico para encauzar las políticas públicas domésticas en materia de la efectivización de tales sistemas de protección.

En cuanto a la complementariedad apunta Flávia Piovesan que

...los sistemas global y regional no son dicotómicos, sino complementarios. Inspirados por los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos, en el plano internacional. Bajo esta óptica, los diversos sistemas de protección de derechos humanos interaccionan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan, sumándose al sistema nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esta es incluso la lógica y premisas propias del Derecho de los Derechos Humanos.<sup>247</sup>

Desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por afirmar que la estipulación de los derechos esenciales del hombre allí contenida está *unida* a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados. Del mismo tenor es el pronunciamiento del Preámbulo de la CADH al reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la

<sup>246</sup> García Ramírez, S., Reseña a la obra “La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México” de Caballero Ochoa, J., en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 18, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 959-968, pp. 960 y ss.

<sup>247</sup> Piovesan, F., “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional”, en de Mesquita Benevides *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Repúblca*, São Paulo, 2009, pp. 460 y ss.

persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Han sido los propios que han expresado su voluntad de configurar al sistema de modo coadyuvante, como herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno.<sup>248</sup>

El sistema interamericano le ofrece a las víctimas la posibilidad de acudir a él cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel nacional. En el marco de este entendimiento se argumenta que los órganos de protección, en particular la CorteIDH, intervienen "porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención".<sup>249</sup> Dicha intervención, hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho interno, no está libre de tensiones.<sup>250</sup> Héctor Fix-Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.<sup>251</sup> Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo inter-judicial.<sup>252</sup>

En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el "fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades na-

<sup>248</sup> Vereshchetin, V. S., "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law", *European Journal of International Law*, vol. 1, 1996, pp. 2 y ss.

<sup>249</sup> Contesse Singh, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 252.

<sup>250</sup> Cf. Herdegen, M., "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010, p. 75.

<sup>251</sup> Fix-Zamudio, H., "Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corzo Sosa (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 599-695, p. 670.

<sup>252</sup> Del Toro Huerta, M. I., "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano", en Corzo Sosa (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 531-575, p. 537.

cionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales”.<sup>253</sup> Incluso se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.<sup>254</sup>

El otro rasgo que caracteriza la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana es el activismo transnacional y la participación de la sociedad civil. En la construcción simultánea y convergente de los órdenes nacionales y supranacionales originario del *ius constitutionale commune* ha jugado un papel fundamental la sociedad civil.<sup>255</sup> Se ha constatado el fenómeno de “refuerzo normativo” entre el derecho internacional de los derechos humanos y los órdenes constitucionales domésticos, gracias en gran medida a las ONGs por la “espiral normativa virtuosa” descrita por Laurence Helfer.<sup>256</sup> En la doctrina se explica esta espiral en función de las figuras de las “cascadas normativas” de armonización de los órdenes nacional e internacional así como de la “rutinización” de la aplicación de estándares internacionales.<sup>257</sup>

En el Sur incluso ha ocurrido un cambio de paradigma. El círculo o espiral comenzó con la presión de los movimientos de derechos humanos en las esferas global y nacional, que como audiencia interesada en la promoción de los derechos humanos, asumió una actuación en *pro* de la adopción formal de los instrumentos tuitivos en el orden internacional y que, en un

<sup>253</sup> Discurso del presidente de la CorteIDH, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, 7 de junio de 2011.

<sup>254</sup> Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 de junio de 2007, p. 3. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia\\_06\\_06\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf).

<sup>255</sup> Ciertas contribuciones específicas en el marco interamericano, Cardoso, E., *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, 2012 (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4), p. 96; Tramontana, E., “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, Mexico, 2010, t. II, pp. 533-556; Araújo Prado, E., “Dos Direitos Humanos e as Organizações não-governamentais: casamento marcado?”, en Oliveira (coord.), *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, 2007, pp. 205-228, especialmente pp. 220-222.

<sup>256</sup> Helfer, L. R., “Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes”, *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, pp. 1832-1911, p. 1832.

<sup>257</sup> López-Medina, D. E. y Sánchez Mejía, A. L., “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, edición especial 2008, pp. 317-352, p. 322.

segundo paso, aparejó la regulación interna para facilitar la aplicación de los tratados internacionales por los operadores del sistema judicial en los casos concretos, cumpliéndose las obligaciones convencionales. La justiciabilidad mediante tal rutinización gracias al florecimiento y espacios ganados por el llamado “Tercer sector”, implicó, sin embargo, un cambio de tácticas para enfrentar la violencia endémica y hacerlo contra un enemigo más difuso en las nuevas democracias,<sup>258</sup> reflejado en los casos expuestos a lo largo de esta investigación.

Como bien afirma Martín Abregú, las ONG de derechos humanos han sido actores claves en los procesos de consolidación democrática suramericana, primeramente reclamando las violaciones masivas y sistemáticas de las dictaduras y procurando para las víctimas lograr verdad y justicia en las transiciones post-dictatoriales, así como mediante la extensión de la nueva agenda hacia los temas de la lucha contra la pobreza y la corrupción, metamorfosis que ha estado acompañada de la “oficialización” por parte de los Estados, cuyos gobiernos pasaron de enemigos declarados de los derechos humanos a la promoción y defensa de estos derechos, aunque sea fundamentalmente retórica.<sup>259</sup>

El litigio estratégico ha atendido los casos del contexto dictatorial, los de la transición democrática y los del periodo de las democracias relativamente estables con temas emergentes.<sup>260</sup> El empoderamiento en la esfera pública de los grupos anteriormente invisibilizados ha sido posible, en gran medida, por el activismo legal transnacional y los movimientos sociales en la región. De allí que en Suramérica mantienen lugar prioritario en la agenda de derechos humanos temas de memoria, verdad y justicia junto a la construcción de indicadores de progreso en materia de DESC, discriminación, racismo y xenofobia o la protección de los de las personas con discapacidad, por citar algunas áreas.<sup>261</sup>

<sup>258</sup> El-Chichini Poppovic, M. y Nader Conectas, L. “Derechos humanos: la construcción de una organización internacional desde/en el sur”, *SUR*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 165-189, p. 167.

<sup>259</sup> Abregú, M., “Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur”, *SUR*, São Paulo. Disponible en: [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo\\_abregu.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm).

<sup>260</sup> Para una visión general, *Cfr.* Cardoso, E. L. C., *Litigio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*, Belo Horizonte, 2012. Ejemplo de ello es el Caso Karen Atala que dio lugar a la primera sentencia por discriminación por orientación sexual y que fue llevado por la academia y la sociedad civil.

<sup>261</sup> Véase el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, organización regional conformada por representantes de la sociedad civil de Argentina, Brasil,

Ambos elementos, complementariedad y participación de la sociedad civil, están presentes en la evolución de esta protección de la democracia y los derechos humanos, incluida la dimensión social como factores claves de la construcción del *ius constitutionale commune*.

### III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA

En la OEA y sus Estados miembros, la promoción del régimen del sistema interamericano democrático representa un conjunto de disposiciones regionales con diferentes grados de juridización y jurisdiccionalización así como diversas velocidades en cuanto a su consolidación. Sin embargo, no se trata de un régimen relativo solamente a la promoción de la democracia, sino fundamentalmente destinado a su protección. La construcción de este régimen garantista ha implicado adoptar normas que condicionan y reflejan la existencia soberana de significados y prácticas, además de los métodos para instrumentar la llamada diplomacia multilateral pro-democracia y, paralelamente, desarrollar estándares convergentes con la noción de democracia recogida en los textos normativos, pero por la vía del órgano jurisdiccional supranacional.

Por una parte, examino el mecanismo de condicionalidad *stricto sensu* regulado en la CDI, buscando precisar los criterios jurídicos que indican una violación grave para justificar o desencadenar acciones por parte del Consejo Permanente y/o la Asamblea General. Se sistematizan, *grosso modo*, los parámetros de la condicionalidad democrática. Por otra parte, entendiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la institución judicial autónoma de la OEA cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH y de “otros” instrumentos, se estudia el novedoso acervo jurisprudencial en su interconexión con los valores de la CDI y se esbozan posibilidades de diálogo.

#### 1. *Mecanismo político*

Pareciera inherente y consustancial a la naturaleza *sui generis* del subcontinente moverse entre paradojas, complejidades y hasta incongruencias. Si bien existe una discursiva sobre la democracia como el régimen de gobierno con mayor aceptación por parte de la ciudadanía, los tonos no obstante, son

Paraguay y Uruguay que funciona desde el año 2004 para monitorear e incidir en las políticas públicas de derechos humanos. Véase [www.observatoriomerkosur.org.uy](http://www.observatoriomerkosur.org.uy).

diversos y arrojan una policromía en cuanto a su caracterización concreta en el subcontinente. El consenso democrático de comienzos de la primera década del milenio ha cambiado vertiginosamente, (re) inventándose la democracia participativa en lugar de la democracia representativa o intentando combinarlas. Los recientes acontecimientos pueden poner en entredicho el futuro del régimen de protección supranacional, no sólo como requisito de membresía para participar en los nuevos y existentes foros multilaterales de la región, sino también para aplicar el mecanismo de sanción en casos de repetidas muestras de la reincidencia autoritaria por parte de algunos Estados miembros, a pesar de las disposiciones de la Carta Democrática Americana e invocarla en supuestos de amenazas a la institucionalidad democrática.<sup>262</sup> Mi propósito es delinejar el alcance del principio democrático, más allá de la democracia de origen (democracia electoral) y revisar su estreno en Venezuela en 2002.

#### A. *La protección colectiva según la CDI*

De conformidad con los artículos 17 al 22 de la CDI, la Carta permite tomar medidas incluso en aquellos casos en los que las instituciones democráticas queden debilitadas, aun sin llegar a una caída forzosa del gobierno. El punto clave está en establecer los límites de la protección supranacional en el marco de los mecanismos previstos en la CDI, para algunos considerados muy ambiguos.<sup>263</sup> Aportar una aproximación a los criterios que dibujan el escenario en cada caso es indispensable como paso previo a la propia sistematización de los parámetros aplicables vía creación jurisprudencial.

Según el artículo 17 de la CDI, “cuando el gobierno de un Estado miembro” considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al secretario general o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática”. El artículo 18 ratifica que “con el consentimiento previo del gobierno afectado” y cuando en un Estado miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder...”. Por su parte el artículo 19 hace alusión a la “ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte

<sup>262</sup> La Organización de Estados Americanos no se ha mostrado capaz para responder adecuadamente en varias ocasiones en Ecuador o Venezuela.

<sup>263</sup> Cf. Nikken Bellshaw-Hóogg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006.

gravemente el orden democrático en un Estado Miembro”, y el artículo 20 contempla que “En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático...”. En el marco del cuestionamiento sobre el alcance de esta preservación han tenido lugar intensos debates jurídicos. Según el último Informe del Comité Jurídico Interamericano, las tres principales «limitaciones» de la CDI se manifiestan en *a)* la carencia de precisión en los criterios para definir cuándo y en qué medida se han alterado las instituciones democráticas de un país, cuando la OEA se enfrenta a una situación de alteración o de interrupción inconstitucional del orden democrático y cuando hay una crisis; *b)* la tensión obvia entre el principio de no intervención y la posibilidad de proteger la democracia a través de mecanismos colectivos; *c)* los problemas de acceso para aquellos que intentan beneficiarse de los mecanismos de la Carta.<sup>264</sup>

Pedro Nikken<sup>265</sup> sistematiza los supuestos en una tabla que brinda una visión de conjunto para clarificarlos. Es útil advertir que las siglas SG y CP se refieren al secretario general y al Consejo Permanente, respectivamente:

CDI	Hecho Fundante: Escala de crisis	Procedimiento: Escala de decisiones y gestiones	Alternativas: Escala de escenarios Resultantes
Artículo 17	Riesgo para el proceso institucional democrático. Amenaza a los artículos 3 y/o 4 de la CDI. Originadas en factores sociales o políticos distintos del gobierno <i>stricto sensu</i> . Fuera de control por el gobierno legítimo.	<i>Iniciativa:</i> el gobierno afectado. <i>Acciones:</i> no previstas expresamente. Flexibilidad dentro de alternativas diplomáticas.	Superación de la crisis: se termina la acción colectiva. Agravamiento de la crisis y falta de cooperación del gobierno: estancamiento. Agravamiento de la crisis a pesar de la cooperación del gobierno: posible aplicación del artículo 18.

<sup>264</sup> Informe CJI/RES. 160.

<sup>265</sup> Nikken, P., “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, San José, 2006, pp. 46 y ss.

Artículo 18	<p>Un grave riesgo: situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder.</p> <p>Pueden provenir de la frustración de las acciones bajo el artículo 17. No debe haberse materializado “alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático” (Artículo 19) o una “ruptura del orden democrático” (Art. 20).</p>	<p><i>Iniciativa:</i> SG o CP con el consentimiento del Estado afectado.</p> <p>Acciones:</p> <p>(a) Primera etapa: visitas u otras acciones.</p> <p>(b) Segunda etapa: Informe del SG al CP que toma decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento.</p> <p>Mayoría absoluta. No se requiere formalmente consentimiento del gobierno afectado; pero su eficacia requiere aceptación.</p>	<p>Superación de la crisis: se termina la acción colectiva.</p> <p>Ineficiencia de medidas del CP: estancamiento.</p> <p>Agravamiento de crisis: posible aplicación del artículo 20.</p>
Artículo 20	<p>Crisis actual: alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático. Grave violación de la Constitución que implique infracciones de artículos 3 y/o 4 de CDI.</p> <p>No debe haberse materializado una <i>ruptura del orden constitucional</i> (artículo 20).</p>	<p><i>Iniciativa:</i> SG o CP sin necesidad de consentimiento del Estado interesado.</p> <p>Sin embargo, su cooperación es necesaria para las acciones.</p> <p>Acciones:</p> <p>Primera etapa: CP aprecia la situación y emprende acciones diplomáticas.</p> <p>Segunda etapa: AG Extr. Que adopta las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas.</p>	<p>Superación de la crisis: se termina la acción colectiva.</p> <p>Ineficiencia de gestión diplomática: continuación estancamiento.</p> <p>Agravamiento de la crisis ruptura del orden democrático artículo 21.</p>
Artículo 21	<p>Crisis actual:</p> <p>Ruptura del orden democrático.</p> <p>La ruptura puede no ser total. Basta que sea esencial.</p> <p>Graves violaciones del artículo 3 y, eventualmente, del artículo 4.</p> <p>Fracaso de gestiones diplomáticas.</p>	<p>Iniciativa: AG Extr., convocada por CP.</p> <p>Acciones: Suspensión de la OEA con voto de 2/3 de Miembros.</p> <p>Gestiones diplomáticas durante suspensión.</p>	<p>Si no se logra mayoría de 2/3 estancamiento + gestiones diplomáticas.</p> <p>Suspensión + gestiones diplomáticas.</p> <p>Superada la crisis: levantamiento de suspensión por AG con votos de 2/3 de miembros.</p>

*a. Premisa: gravedad de la ruptura democrática*

La defensa colectiva de la democracia en las Américas siguió un sistema de respuesta diplomática ante las crisis políticas, procurando primeramente el arreglo pacífico de las controversias mediante negociación, investigación, mediación, conciliación, antes de acudir a adoptar sanciones. El trasfondo subyacente al preverse un mecanismo de defensa colectiva era lograr un enfoque de “una talla que le sirve a todos”.<sup>266</sup>

Técnicamente hablando, existe una gradualidad entre las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático. Sin embargo, independientemente de la vaguedad de los términos empleados en la cláusula de condicionalidad, la doctrina internacional mayoritaria está de acuerdo en resumir en tres eventos específicos que pueden dar el giro de un Estado hacia la “anti-democracia”, como son el golpe de Estado, una situación similar a un golpe de Estado y la erosión de la democracia (a “coup d'état;” a “coup-like situation;” y de “erosion” of democracy).<sup>267</sup>

Determinar con exactitud los criterios que rigen esta graduación es un proceso complejo. El golpe de Estado y la situación semejante al golpe de Estado parecieran más claras y la práctica de la OEA así lo demuestra. En la primera década de vigencia de la CDI, el único caso de golpe militar ocurrido fuera del contexto geográfico suramericano (Honduras) produjo la medida de suspensión de inmediato.<sup>268</sup> Por ello se critica la CDI como una carta antigolpes. Se estimaba que las dictaduras militares formaban parte del pasado,<sup>269</sup> pero siguen como zombies rondando también el subcontinente.

Se suponía que, en contraste con la etapa de la Guerra Fría, los golpes o autogolpes ya no sólo eran inaceptables, sino que también los otros supuestos regulados en la CDI estarían sujetos a la condena internacional y a las diversas formas de intervención previstos en la CDI. Sin embargo, los casos de la denominada *desinstitucionalización* que se están observando en la región,

<sup>266</sup> Cooper A. F. y Legler T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., “La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad”, en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore, 2007, pp. 113-130.

<sup>267</sup> El-Hage, J., “Should Paraguay be Expelled from the OAS, Mercosur and Unasur?”, *Americas Quarterly de la Sociedad de las Américas y el Consejo de las Américas*, 25 de junio de 2012.

<sup>268</sup> Caso de suspensión de Honduras en 2009.

<sup>269</sup> Mähler, A., “Wie autoritär ist Lateinamerika?”, *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008, pp. 1-8.

que representan arenas movedizas que oscilan entre democracias aparentemente participativas hasta autocracias electorales,<sup>270</sup> no han generado la misma reacción.

Por el contrario, frente a las “amenazas” a la democracia, las élites políticas y sus representantes diplomáticos optan por la negociación política y las maniobras, en el marco general de esa tendencia hacia las respuestas graduales y flexibles, y menos producto de una lógica estrictamente jurídica. En el contexto suramericano, priva la oscilación entre el (re) surgimiento del principio de la no intervención y el principio de la no indiferencia, instrumentado por la diplomacia brasileña, con base en la hegemonía consensual.<sup>271</sup> Ello complica aún más precisar los linderos jurídicos para aplicar la CDI en casos de erosión de la democracia.

Argumento en esta investigación que la CDI contiene provisiones para ocuparse potencialmente de amenazas golpistas y no golpistas a la democracia,<sup>272</sup> ya que abarca los mecanismos de prevención. “La Carta ha servido como instrumento útil disponible para la OEA en momentos de crisis democrática (...) pero la comunidad internacional está virtualmente inmovilizada siempre que un líder democráticamente elegido gana apoyo público para sus acciones por medios plebiscitarios, sin importar el efecto de estas acciones sobre la calidad o la estabilidad de la democracia”.<sup>273</sup> De lo contrario, se dejaría sin efecto el lanzamiento de la CDI para consolidar el régimen más allá de un énfasis minimalista en la defensa contra los golpes de Estado. Sería nugatorio de la CDI y de todo el acervo creado durante los años 1990, periodo en que los miembros de la OEA construyeron un nuevo régimen precisamente para proteger la democracia de las amenazas de retrocesos autoritarios (Protocolo de Cartagena de Indias, 1985), Resolución 1080, el Protocolo de Washington (1992/1997) y la Carta Democrática Interamericana (CID, 2001). Además, esta protección ha sido puesta en práctica en numerosas ocasiones en la propia región suramericana.<sup>274</sup>

<sup>270</sup> Hadenius, A. y Teorell, J., “Pathways from Authoritarianism”, *Journal of Democracy*, núm. 1, 2007, pp. 143-156.

<sup>271</sup> Baras, A., *Brasil en Sudamérica: De la indiferencia a la hegemonía*, Madrid, 2008.

<sup>272</sup> Legler, T., “La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad”, en Boniface et al. (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130. Cfr. En materia de la cláusula democrática Morales Antoniazzi, M., “La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur”, en Dreyzin y Morales Antoniazzi (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009.

<sup>273</sup> Informe CJI/RES. 160.

<sup>274</sup> Bolivia (2003, 2005, 2008), Ecuador (1997, 2000, 2005), Paraguay (1996, 1999), Perú (1992, 2000) y Venezuela (1992, 2002).

Hay una diversidad de razones que explican la complejidad de la graduación. Las debilidades de la aplicación de los mecanismos abarcan factores jurídicos, identificados en la propia formulación normativa, mientras otros provienen de la praxis. Se trata de un ámbito regido por un policentrismo jurídico, que se expresa en la multiplicidad de fuentes que sirven de parámetros para la interpretación del alcance de los elementos esenciales y componentes fundamentales enumerados en los artículos 3 y 4 de la CDI y que despejarían el panorama en los casos de erosión. Este elemento se solapa con la tendencia dominante de desarticulación entre el SIDH y el sistema de protección de la democracia y pretende vaciarla de su contenido.

*b. Elementos procesales para la aplicación de la condicionalidad democrática*

La CDI regula, primordialmente, un mecanismo que condiciona la intervención a la invitación del Estado parte, salvo la excepción de un golpe militar. Se afirma en la doctrina que la condicionalidad democrática regula una iniciativa por parte de los Ejecutivos, también conocida como el particular estilo elitista de soberanía: *soberanía ejecutiva*.<sup>275</sup> En la escala prevista en la CDI, el artículo 17 faculta a los Estados para solicitar asistencia en el caso de una amenaza anti-democrática, el artículo 18 establece que el secretario general o el Consejo Permanente requieren el consentimiento previo del Gobierno afectado antes de tomar medidas colectivas pro-democracia. Según lo establecido en los artículos 23 y 25, el monitoreo por parte de la OEA de las elecciones también requiere una invitación formal por parte del Estado miembro. Se cuestiona que el ejercicio de la soberanía democrática se enfoca *ad personen* en la medida en que está protagonizada por los líderes elegidos y responsables a través de elecciones al frente de los “gobiernos”, que en Suramérica se reduce al presidente, con las graves implicaciones que genera en la medida de que se trata de régimes de hiperpresidencialismo.<sup>276</sup>

<sup>275</sup> Cooper, A. F. y Legler, T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., “La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad”, en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130; Comité de Relaciones Internacionales, 2010.

<sup>276</sup> Es grave esta formulación de la CDI, en especial por la llamada democracia delegativa, en la que los presidentes tratan de eludir el Congreso a través del uso de los decretos. En Suramérica se puede encontrar históricos ejemplos de intensos conflictos políticos entre el Ejecutivo y el Legislativo, baste citar el caso del presidente Gutiérrez de Ecuador (2004-2005), o la reciente crisis de Paraguay con el juicio político al presidente Lugo en junio de 2012 es un ejemplo de estas nocivas desestabilizaciones democráticas.

El método, en la praxis de la diplomacia interamericana, está limitado al protagonismo del jefe de Estado o de gobierno o sus designados o sus representantes diplomáticos para fijar posiciones y podría calificarse con la metáfora del semáforo: la luz verde se enciende cuando los Ejecutivos dan la señal.<sup>277</sup> Conforme al capítulo XVI de la Carta de la OEA, el secretario general de la OEA es responsable ante la Asamblea General en el cumplimiento de todas sus obligaciones y funciones. En el campo concreto de las cláusulas operativas de la condicionalidad democrática, el secretario general, conforme a los artículos 17 y 18 de la CDI, juega un papel relevante en la diplomacia preventiva. Incluso, de acuerdo al artículo 20, el secretario general tiene la competencia de convocar una reunión del Consejo Permanente en el caso de producirse una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático. El Consejo Permanente es, en última instancia, el órgano autorizado para adoptar las decisiones que estime conveniente. Todos los supuestos quedaron descritos en la sistematización contenida en la tabla supra.

Para adoptar la decisión, debería considerarse el marco normativo integrado por la Carta de la OEA y la DADH, también por el documento fundamental aclaratorio del contenido de la democracia en el SIDH como fue la Declaración de Santiago de 1959 sobre los atributos de la democracia, así como por la CADH y la propia CDI. Para la interpretación de la CADH debe acudirse a la doctrina sentada por el órgano competente para su interpretación, es decir, la CorteIDH, junto a los determinantes aportes de la Comisión IDH (CIDH). Propongo acudir al criterio jurisprudencial, dejando al margen la riqueza del acervo de la CIDH,<sup>278</sup> que no será examinado porque uno de los objetivos principales de este trabajo consiste en identificar estándares que emergen del diálogo jurisdiccional.

### c. Documentos relativos al seguimiento de la aplicación de la CDI

Los instrumentos *soft law* han jugado un papel relevante en la construcción de los parámetros de aplicabilidad del mecanismo de protección demo-

<sup>277</sup> Legler, T., “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

<sup>278</sup> El aporte de la CIDH en la defensa de los DDHH es una verdad de perogrullo. Todos los documentos de las ONGs en el marco de la pretendida reforma del SIDH emprendida en la actualidad (2012) insisten en la prioridad de resguardar el “tesoro” del acervo producido en la CIDH. Voces críticas provenientes de la doctrina (Víctor Abramovich Autonomía *vs.* Subsidiariedad), Países de la OEA (Brasil, Colombia, el eje bolivariano).

crática. Una fuente de interpretación para aplicar el test de la democracia se deriva de la concepción predominante en las resoluciones del Comité Jurídico Interamericano (CJI). Como órgano consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promotor del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región,<sup>279</sup> ha sido un actor importante en la preparación de resoluciones e informes para dejar sentado que el ejercicio efectivo de la democracia representativa constituye un bien o valor jurídico protegido.<sup>280</sup> Son documentos que apuntan a llenar de contenido el test democrático, entre ellos los relativos al Perfeccionamiento de la Administración de Justicia en las Américas. Protección y Garantías a los Jueces y Abogados en el Ejercicio de sus Funciones;<sup>281</sup> Aspectos Jurídicos de la Interdependencia entre Democracia y Desarrollo Económico y Social;<sup>282</sup> Seguimiento de la Aplicación de la Carta Democrática Interamericana.<sup>283</sup>

El Comité Jurídico Interamericano en su Informe Anual presentado a la Asamblea General en 2010 incorpora un análisis exhaustivo (documental y doctrinario) que, sin duda, debe contribuir a la promoción y fortalecimiento de la democracia en la región, cónsena con los elementos y componentes sustanciales descritos en los artículos 3 y 4 de la CDI y deja al descubierto sus “falencias” actuales.<sup>284</sup> En 2011, luego de una década de vigencia, hay consenso sobre la relevancia de un instrumento como la Carta Democrática Interamericana, aunque puede ser perfectible.

El punto de partida de la concepción amplia de democracia ha sido reiterado en las Resoluciones de la Asamblea General.<sup>285</sup> Las directrices comunes parten de aceptar que el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del Estado de derecho, que incluye el respeto

<sup>279</sup> Para las competencias del CJI véanse los artículos 53 y 99 al 105 de la Carta de la OEA, el Estatuto (Resolución de la Asamblea General, AG/RES.89 (II-O/72), su Reglamento y las posteriores enmiendas aprobadas por el propio CJI. Disponibles en la página oficial de la OEA.

<sup>280</sup> CJI/RES. I-3/95, CJI/RES. I-2/96, CJI/RES. 17 (LVII-O/00), CJI/RES. 23 (LVIII-O/01), CJI/RES. 32 (LIX-O/01), CJI/RES. 41 (LX-O/02) y CJI/RES. 64 (LXIII-O/03).

<sup>281</sup> CJI/doc.7/99.

<sup>282</sup> CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006.

<sup>283</sup> CJI/doc.317/09 corr.1.

<sup>284</sup> CJI/doc.317/09 corr.1 Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert). Cf. también los documentos anteriores CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1.

<sup>285</sup> AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06). OEA/Ser.G, CP/doc.4184/07.

a los elementos, componentes y atributos de la democracia. Por otra parte, la graduación o categorización dispuesta en la propia CDI establece cuatro tipos: riesgos al proceso político institucional democrático o al legítimo ejercicio del poder (artículo 17 de la CDI); las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder (artículo 18 de la CDI); la ruptura del orden democrático (artículo 19 y 21 de la CDI), y la alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático (artículo 19 y 20 de la CDI).

La interpretación de estas cuatro categorías debe apreciarse a la luz de la vigencia de los elementos esenciales de la democracia representativa y de los componentes fundamentales del ejercicio de la misma, como enuncia en Comité Jurídico Interamericano. Entre dichos estándares, el tema del ejercicio eficaz y transparente de la función judicial como termómetro del orden democrático, es necesario fortalecer poderes judiciales independientes, provistos de autonomía e integridad, carácter profesional y no partidario y sujetos a un régimen de selección no discriminatorio.<sup>286</sup> En mi opinión, dicha determinación tiene que guiarse por los parámetros que se desprenden de los informes de la CIDH y de los estándares de la Corte IDH.

Esta concepción no se opone al principio de no intervención, sino es consustancial a la defensa de la democracia y los derechos humanos, en función de las obligaciones convencionales asumidas por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía.<sup>287</sup> Como derecho político, el derecho a la democracia es entendido como un derecho ciudadano a la existencia de un régimen político en el cual se garanticen los *elementos esenciales y los componentes fundamentales* que enumera la CDI. Aunque es cierto que la mayoría de esos elementos esenciales de la democracia se configuran en las Constituciones como derechos políticos individualizados, como el derecho a ejercer funciones públicas, el derecho al sufragio, o el derecho de asociación en partidos políticos, pero considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos el principio de la separación de poderes, se pueden configurar globalmente como integrando un derecho a la democracia, para garantizar

<sup>286</sup> Cotejar todos los lineamientos del CIJ. CJI/RES. I-3/95, CJI/doc.190/05 rev. 3, CJI/doc.317/09 corr. 1, CJI/doc.7/99, disponible en: [http://www.oas.org/cji/CJI-RES\\_160\\_LXXV-O-09\\_esp.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_curso_Elizabeth_Villalta_carta_democratica_tratado_seguridad.pdf).

<sup>287</sup> El artículo 1o. de la CDI establece que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La CDI, recoge el consenso de los Estados sobre este derecho de los pueblos de las Américas. Es de esta postura la asume en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párrs. 6 y 7. CorteIDH. Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

el control efectivo del ejercicio del poder por los gobernantes y, a través de ellos, del Estado.

Sostengo la pertinencia de la permeabilidad. Si en el ámbito político se constatan diferencias entre las élites políticas y el consenso popular sobre los significados y las prácticas de la democracia, que obviamente dificultan la protección de la democracia con base en la condicionalidad supranacional de la CDI, es posible superar estas dificultades acudiendo al acervo jurisprudencial de la CorteIDH, que explica el alcance de la democracia material prevista en la misma CDI y que se materializa en el nivel estatal.

### *B. La condicionalidad democrática interamericana aplicada: Caso Venezuela 2002*

La protección supranacional de la democracia en Suramérica en el ámbito interamericano puede ilustrarse mediante la reconstrucción fáctica y normativa del caso venezolano, ya que a partir de la entrada en vigencia de la CDI, fue el primer país en aplicarse el citado instrumento en 2002. Los acontecimientos recibieron distintas calificaciones y el supuesto no encajaba en el patrón “tradicional” de golpe de Estado militar. El hilo conductor del análisis radica en el test de la democracia.

#### *a. Génesis del caso*

Los hechos acaecidos en Venezuela en abril de 2002 condujeron a una intervención sin precedentes de la OEA, el Centro Carter y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En tal virtud, es necesaria una breve exposición de la situación fáctica desde una perspectiva evolutiva que comprende la narración del proceso de alteración del orden democrático en tres fases: la fase previa, esquematizando los factores desencadenantes de la crisis institucional; la fase de efervescencia de la crisis, materializada con la renuncia y restitución del presidente de la República en su cargo, la intervención activa y fracturada de las Fuerzas Armadas, la sociedad civil movilizada, huelgas y paros de amplios sectores del país y el lamentable fallecimiento de 18 personas y un gran número de heridos; y, la fase posterior a la crisis, con la intervención de las instituciones ya mencionadas.<sup>288</sup>

<sup>288</sup> La trayectoria de los hechos puede constatarse en diferentes medios de comunicación, en particular los nacionales como por ejemplo *El Universal*, *El nacional*, *Venezolana de Televisión*, *Radio Caracas de televisión*, *Venevisión*, *Globovisión*, entre otros.

Con la elección del presidente Chávez en 1998 se presagiaba el advenimiento de un ciclo de intensos cambios. En efecto, el polémico proceso constituyente, la nueva Constitución de 1999<sup>289</sup> y la promulgación de 44 leyes por vía gubernativa gracias a la Ley Habilitante de 2000,<sup>290</sup> desencadenaron el primer paro del sector empresarial (Fedecámaras), que exigían la rectificación y modificación de estas leyes. No hubo reacción alguna por parte del Ejecutivo para atender los reclamos expuestos, acrecentándose el escenario de polarización de la sociedad.<sup>291</sup> El 5 de marzo de 2002, diversos grupos de la sociedad firmaron el Primer Pacto de Gobernabilidad para conducir al país hacia una transición sin la participación de las autoridades gubernamentales. Un hecho inédito evidenció la enorme división en el seno del sector militar, caracterizado por alocuciones públicas de oficiales de baja y alta graduación, que se manifestaban contra el rumbo tomado por el gobierno. Paralelamente, la alta gerencia de la principal industria nacional, Petróleos de Venezuela (PDVSA), hizo entrada en el conflicto a raíz de la designación por parte del Ejecutivo Nacional de una nueva Junta Directiva, que no cumplía con los requisitos de la meritocracia y la tradicional metodología y normativa, según sus voceros.<sup>292</sup>

<sup>289</sup> Román Duque Corredor, ex magistrado de la CSJ, afirma que desde el Preámbulo de la Constitución de 1999, Venezuela se compromete con la construcción de un Estado democrático, basada en la forma de un gobierno republicano, electivo, alternativo, responsable, federal, descentralizado, civil y de respeto de las minorías y que garantice los derechos humanos. Véase Duque Corredor, R., *La reforma constitucional y sus límites éticos y políticos*, Conferencia dictada en el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Sucre, 2007. En relación a la introducción de la democracia participativa, algunas voces afirman una seudoconstitucionalidad paralela Rodríguez García, A., “Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV*, Caracas, núm. 129, 2007, pp. 144 y ss.

<sup>290</sup> El 11 de noviembre del año 2000 entró en vigencia la segunda Ley Habilitante otorgada al presidente Hugo Chávez Frías, para la aprobación de 44 leyes, en las áreas: Financiera, Económica y Social, Infraestructura, Seguridad Ciudadana, Ciencia y Tecnología y Organización y Funcionamiento del Estado. Siguiendo a O'Donnell, esta legislación por Decreto es anti institucionalizante para la democratización y ratifica alta personalización y concentración del poder en el Ejecutivo. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panel: Democracia en transitoriedad: lo político y lo ético. Venezuela 1998-2001. Cfr. Romero Ríos, M. E., *Federalismo y municipalización: la dualidad de la descentralización política*. Disponible en: <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/clad/cong6/6nov/21/romerrio.pdf>.

<sup>291</sup> La polarización ha sido un fenómeno presente en las sociedades suramericanas en el presente siglo, entre los análisis teóricos, Cfr. Flores, M., “Democracia y polarización: ¿(in) compatibilidad?”, *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, 2010, pp. 97-116.

<sup>292</sup> Cfr. Tablante, C., *Venezuela herida: un pacto por la democracia del futuro*, Caracas, 2003.

Justamente el detonante de la crisis de abril de 2002 fue la televisada destitución de parte de la directiva de la Industria en la cadena dominical Aló presidente.<sup>293</sup> El día 9 de abril de 2002, dos días después del referido anuncio, comenzó el segundo paro general en Venezuela, convocado por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y la Federación de Cámaras Empresariales (Fedecámaras), al que se sumó la alta gerencia y los trabajadores de PDVSA, respaldados por organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos de la oposición.<sup>294</sup> El gobierno anunciaba insistente-mente a través de los medios de comunicación el fracaso de la convocatoria, mientras la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA se pronunció contra el abuso de los medios, tras recibir una denuncia de grupos de derechos humanos y advirtió del contenido del artículo 13 de la CADH así como de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana en Derechos Humanos.<sup>295</sup>

El 10 de abril un general activo de la Guardia Nacional, en abierta desobediencia, se dirige a la opinión pública a través de los canales de televisión y alerta sobre la intención de la autoridad pública de reprimir a los manifestantes frente a las instalaciones de PDVSA e hizo un llamado al *alto mando militar* a no acatar este tipo de instrucción.<sup>296</sup> Al día siguiente, el 11 de abril de 2002, convertido el paro en huelga general indefinida,<sup>297</sup> se produjo una multitudinaria manifestación pacífica, pero, al llegar a las inmediaciones del Palacio Presidencial, quince personas resultaron muertas por impacto de bala y más de un centenar de heridos.<sup>298</sup> Oficiales de alta graduación siguieron la línea de desobediencia ante las supuestas órdenes de poner en práctica el plan de seguridad denominado “Plan Ávila” para enfrentar la

<sup>293</sup> Rincón, O., “De celebrities pero motivadores pero tele-presidentes pero... ¿democra-cia?”, *Los tele-presidentes: cerca del pueblo, lejos de la democracia* [crónicas de 12 presidentes latino-americanos y sus modos de comunicar], Bogotá, 2008.

<sup>294</sup> Véase en detalles en: Brewer-Carías, A. R., *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, pp. 61-65, disponible en: <http://www.msinfo.info/default/aciempol/bases/biblio/texto/Brewer/L-1112.pdf>.

<sup>295</sup> Véase *El Nacional*, 10 de abril de 2002, pp. A-1; D-1 y D-2.

<sup>296</sup> Véase *El Nacional*, 11 de abril de 2002, p. D-1; Revista *Primicia*, Edición Especial, 20 de abril de 2002, p. 49. Cfr. la cita de esta declaración en la sentencia de la Sala Plena Acciden-tal del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de agosto de 2002 (Caso: Antejuicio de mérito a Oficiales de la Fuerza Armada Nacional).

<sup>297</sup> Véase *El Universal*, 11 de abril de 2002, pp. 1-1 y 1-8.

<sup>298</sup> Cfr. Comunicado de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 15 de abril de 2002, disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2002/15.02.htm>.

marcha.<sup>299</sup> Se desencadenaron una serie de acontecimientos reactivos a favor y en contra del uso represivo de la fuerza pública para restablecer el orden público quebrantado. Se argumentó un trato discriminatorio contra los sectores de oposición.<sup>300</sup> También se argüía que la ciudadanía se declarara en desobediencia según lo estipulado en la Constitución de 1999.<sup>301</sup> El comandante general del Ejército hizo una disculpa pública y llamó a descender cualquier orden de reprimir la protesta.

Nunca antes una crisis institucional evolucionó con tanta velocidad como el 12 de abril de 2002. Intentando una apretada síntesis: entre la madrugada del 12 y el 13 se anunciaaba la renuncia del presidente a su cargo,<sup>302</sup> se auto juramentaba un presidente interino,<sup>303</sup> que entre otras medidas decretó la suspensión de sus cargos de los diputados principales y suplentes de la Asamblea Nacional, destitución de sus cargos del presidente y demás magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, fiscal general, del Contralor

<sup>299</sup> Cf. Interpelación al General Manuel Rosendo, jefe del CUFAN. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Comisión Especial Política que investiga los hechos ocurridos los días 11, 12, 13 y 14 de abril de 2002, 10-05-2002. Disponible en: <http://www.urru.org/11A/interpelaciones/MR1.htm>.

<sup>300</sup> En el procedimiento de antejucio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia, de La República Bolivariana de Venezuela, se puede leer la declaración del General Carlos Alfonzo Martínez quien expresa, ...“resulta ser que detrás de los miembros de la Guardia Nacional habían miembros del otro bando, círculos bolivarianos o los que están estacionados al frente del Palacio de Miraflores y ellos sí ejercían violencia sobre el resto de los manifestantes y vimos como la Guardia Nacional en vez de reprimir a ambos frentes por igual o hacer acciones para separar ambos bandos, solamente se dirigió contra el bando de las personas que venían en forma pacífica...”. Magistrado ponente: Franklin Arrieché Gutiérrez. Caracas, 14 de agosto de 2002. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tpln/agosto/sentencia%20de%20los%20militares.htm>.

<sup>301</sup> La desobediencia estaría prevista en el artículo 68 de la Constitución de 1999 cuando “prohibe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas” y en el artículo 25 que da derecho a los funcionarios de negarse a ordenar ni ejecutar actos que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución, aún cuando estén amparados por órdenes superiores, las cuales en ningún caso le pueden servir de excusa ante la responsabilidad en la cual incurriría si las cumplen.

<sup>302</sup> El grupo de Río consideró la renuncia del presidente Chávez como un hecho cumplido, así como también la destitución del vicepresidente y de su gabinete, por lo cual no se solicitó su restitución como parte de las acciones necesarias para defender el orden constitucional. Cf. Informe del Secretario General de la OEA, César Gaviria, en cumplimiento de la Resolución CP/RES. 81. Situación en Venezuela. Washington D.C. 18 de Abril de 2002. Disponible en: [http://www.oas.org/xxiiiga/espanol/documentos/informe\\_venezuela.htm](http://www.oas.org/xxiiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm).

<sup>303</sup> Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Plena Accidental de La República Bolivariana de Venezuela, Procedimiento de antejucio de mérito mediante escrito que presentó el ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República, el 24 de mayo de 2002, Caracas, 14-08-2002.

y del defensor del pueblo y se revertía la situación con la renuncia del presidente autoproclamado, la restitución de los poderes públicos y el juramento como nuevo presidente del vicepresidente de la República. El día 13 de abril el presidente constitucional retomó nuevamente sus funciones.<sup>304</sup>

### b. Actuación de la OEA

Partiendo de la duración e intensidad de la crisis, el análisis comprende tres momentos determinantes en función de las tres resoluciones de la organización, a saber Situación en Venezuela, abril de 2002,<sup>305</sup> Apoyo al Proceso de Diálogo en Venezuela, agosto de 2002<sup>306</sup> y Respaldo a la Institucionalidad Democrática en Venezuela y a la Gestión de Facilitación del Secretario General de la OEA, del 16 de diciembre de 2002.<sup>307</sup>

#### Fase inicial

Gracias a la coincidencia con la reunión del Grupo de Río, celebrada el día 12 de abril de 2002 en San José de Costa Rica, este Grupo dicta la Declaración de los presidentes de los países miembros del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política condenando la interrupción del orden constitucional en Venezuela, generada por un proceso de polarización creciente e insta tanto a la OEA a aplicar el artículo 20 de la Carta Democrática, como a la normalización de la institucionalidad democrática en el marco de la CDI y a dar los pasos necesarios para la realización de elecciones claras y transparentes, en consonancia con los mecanismos previstos por la Constitución venezolana.<sup>308</sup>

El día 13 de abril de 2002 la OEA, teniendo en cuenta la gravedad de lo ocurrido en Venezuela, aprueba la Resolución no. 811 mediante la cual condena los hechos y califica la situación como una alteración del orden constitucional, que da lugar a la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 20 de la CDI. Para ello insta a la normalización de la institucio-

<sup>304</sup> Cf. Brewer-Carías, A., *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, p. 68, disponible en: <http://www.msinfo.info/default/aciempol/bases/biblio/texto/Brewer/L-1112.pdf>.

<sup>305</sup> CP/RES. 811 (1315/02).

<sup>306</sup> CP/RES. 821 (1329/02).

<sup>307</sup> CP/RES. 833 (1348/02).

<sup>308</sup> Cf. Declaración del Grupo de Río sobre la situación en Venezuela. San José, 12 de Abril del 2002. Disponible en: <http://www.resdal.org/gruporio-v.html>.

nalidad democrática y decide enviar a Venezuela una Misión encabezada por el secretario general, con el objeto de investigar los hechos y emprender las gestiones diplomáticas necesarias para promover la más pronta normativización de la institucionalidad democrática. Tenía lugar un estreno inesperado de la CDI, justo al año siguiente de su aprobación.

La magnitud de la crisis generaba dudas respecto a la determinación de las acciones a seguir en el marco de la CDI.<sup>309</sup> El secretario general en su informe permite identificar la interrupción del orden democrático que se produjo en Venezuela el 12 de abril en la auto-designación de un presidente interino y, por efecto de ello, el derrocamiento *de facto* del presidente constitucional y señala que, por lo menos hasta prueba en contrario, “los organizadores de la manifestación convocada por la oposición política y muchas organizaciones sociales en los días precedentes y en el propio 11 de abril, son diferentes de quienes usurparon el poder, detuvieron al presidente Chávez y trataron de instaurar lo que llamaron un gobierno provisional, cuyo ejercicio del mando encontró un amplio y generalizado rechazo no solo por su origen fáctico, sino además por las decisiones que tomó y que significaban el cierre de los organismos elegidos popularmente, la intervención del Poder judicial y de todos los organismos del llamado “poder moral”, y en la práctica la derogatoria de la Constitución y de muchos de los actos realizados bajo su desarrollo”. En la búsqueda del consenso y el respeto a las garantías y el pluralismo, el informe del secretario general de la OEA destaca que “El presidente de la República en todas sus alocuciones ha hablado de reflexionar, de rectificar, de enmendar”. Aseguró “que no habría ánimos revanchistas, ni persecuciones, ni abusos”. Ha dicho que lo ocurrido representa una “inmensa lección”; “que se debe hacer una profunda reflexión”; que hay que actuar ahora con “calma y cordura”; que es necesario “corregir lo que sea necesario corregir”; “restablecer el diálogo”, y en ese sentido hace referencia a otra importante reflexión del presidente... Habló también de la “unidad respetando las diferencias” y señaló que el presidente designado de PDVSA, como la junta por él designada, habían renunciado, con lo cual se puso fin al asunto que dio origen a las últimas jornadas de protesta”.

Es conveniente citar las acotaciones del llamado Informe Gaviria en cuanto a la polarización de la sociedad venezolana. Pone de relieve que si bien

<sup>309</sup> Gamus, R., *El entorno regional como legitimador de los proyectos políticos. El caso venezolano*. Ponencia presentada en el XXXVI Congreso de LASA, marzo 2006, disponible en: <http://www.reportero24.com/2011/04/juristas-en-el-pais-hay-golpes-de-estado-desde-el-estado-casi-a-diario/>.

...una buena cantidad de personeros de instituciones ajenas al gobierno han aceptado la llamada del presidente al diálogo, aun después de los fatídicos hechos del 11 y 12 de abril, existe una excesiva polarización no solo de los protagonistas naturales de la política, como lo son el gobierno, los partidos políticos, sino de casi todas las organizaciones laborales, empresariales, de la sociedad civil, los representantes de algunos de los otros poderes del Estado y los medios de comunicación. Esta excesiva polarización tiene connotaciones de intolerancia que en la práctica impiden el diálogo democrático y la búsqueda de acuerdos que permitan cierto entendimiento para mantener la paz social.<sup>310</sup>

Esta última apreciación presagiaba nuevos acontecimientos que enfrentarían al gobierno y oposición, por eso la OEA se mantuvo en su mayor tiempo comprometida con la salvaguarda de la democracia venezolana, apoyada en la CDI.

En síntesis, el “estreno” del mecanismo de protección supranacional surgió en un contexto *sui generis* debido a la antidemocracia institucional y la antidemocracia insurreccional. La adopción por parte del gobierno de medidas y acciones rechazadas contundentemente por un amplio sector de la sociedad civil, por considerarlas antidemocráticas y autoritarias que desembocaron en una ruptura del orden constitucional caracterizado por la disolución por decreto del Poder Legislativo y Judicial, la destitución o renuncia de un presidente, la auto designación de uno nuevo frente al alegato de un vacío de poder, la restitución de los poderes, la renuncia del autodesignado y la designación de un nuevo presidente, con la posterior reinstalación del presidente constitucional.

Mejor estreno imposible, pues la aplicación de la CDI se centraba, por una parte, en el contenido sustantivo sobre la democracia y los derechos humanos previstos en su capítulo I y, por la otra, en el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática a través de la promoción y construcción del diálogo, las gestiones diplomáticas, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática, conforme al capítulo IV.<sup>311</sup> Se reiteraba la disposición de la OEA de

<sup>310</sup> Cf. Informe del Secretario General de la OEA, César Gaviria, en cumplimiento de la Resolución CP/RES. 811 (1315/02). Situación en Venezuela. Vigésimo noveno periodo extraordinario de sesiones Washington D. C., abril 18 de 2002. Disponible en: [http://www.oas.org/xxxiiiga/espanol/documentos/informe\\_venezuela.htm](http://www.oas.org/xxxiiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm).

<sup>311</sup> Resoluciones: CP/RES. 811 (1315/02) del 13 de abril de 2002, “Situación en Venezuela”, la resolución AG/RES. 1 (XXIX-E/02) del 18 de abril de 2002 “Apoyo a la democracia en Venezuela”; la declaración AG/DEC. 28 (XXXII-O/02) “Declaración sobre la Democracia en Venezuela”, de 4 de junio de 2002; la resolución CP/RES. 821(1329/02) del 14 de

brindar el apoyo y la ayuda que el gobierno de Venezuela requiriera para la consolidación de su proceso democrático.

### Fase del diálogo

Ante la permanencia del enfrentamiento social en Venezuela y el fracaso de la propuesta de reconciliación, la OEA, el Centro Carter y el PNUD se avocaron a la búsqueda del diálogo.<sup>312</sup> La OEA adoptó la Resolución no. 821 el 14 de agosto de 2002, previendo una misión de conciliación social en Venezuela, pero cuestionada por su vaguedad. La Mesa de Negociación y Acuerdos, de composición paritaria entre el gobierno y la oposición, pero con previsión del voto a favor del presidente, se proponía facilitar el diálogo entre las élites políticas, cuya actividad debía regirse por la Declaración de Principios por la Paz y la Democracia en Venezuela para el desarrollo armónico y la facilitación del consenso, con objetivos específicos, a saber, el reforzar el sistema electoral, establecer una comisión de la verdad y el desarme civil. El papel de la Mesa tuvo sus críticos,<sup>313</sup> pero sirvió de plataforma para mostrar una OEA renovada, acorde con las exigencias del nuevo milenio recogidos en la propia CDI y con un estilo de tipo *bottom-up*.

Interesante para resaltar es el método del diálogo, que ha servido de eje para fortalecer el significado de la CDI. Tradicionalmente se ha recomendado el tipo de intervención internacional que combina medidas de un modo multilateral y multidimensional.<sup>314</sup> El enfoque seleccionado en este caso concreto dirigido a la promoción democrática multilateral característica de la OEA fue utilizar el diálogo democrático como el método innovador efectivo, plural e inclusivo, que permitiera resolver el conflicto.<sup>315</sup> El Grupo de Amigos, constituido por Brasil, México, España, Portugal, Estados Unidos y Chile, se había constituido como mecanismo paralelo de presión hacia la búsqueda del consenso. No obstante, el clima de desconfianza mutua

agosto de 2002 “Apoyo al proceso de diálogo en Venezuela”; y el Comunicado del presidente del Consejo Permanente de la OEA, del 9 de diciembre de 2002.

<sup>312</sup> Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004, p. 55.

<sup>313</sup> OEA 2002d. Algunos críticos catalogaron la Mesa como una herramienta para salir de la crisis, pero no para el diálogo. También se cuestionó la Mesa como mecanismo dilatorio para que el Gobierno ganara tiempo extendiendo su legitimidad y prevenir nuevas confrontaciones (ONU 2009).

<sup>314</sup> Barahona de Brito, A. y Malamud, A., *The International Dimensions of Democratization: Debates, Paradoxes and Policy Options*, Lisboa, 2008.

<sup>315</sup> *Democratic Dialogue. A Handbook for Practitioners* (IDEA 2007).

marcó el proceso de diálogo, aunque se mantuvo gracias al esfuerzo sostenido del tripartito (OEA, Centro Carter, PNUD). Dos resultados concretos se identifican en esta fase, como son la Declaración contra la Violencia, por la Paz y la Democracia y la convocatoria del referéndum revocatorio, con base en el artículo 72 de la Constitución venezolana. En este punto, se fortalecía la democracia procesal en cuanto se nombró un Consejo Nacional Electoral (CNE), observado y asistido por la OEA y el Centro Carter para la realización del referéndum, pero también se mantenía el concepto material en lo concerniente al pluralismo, la tolerancia y el respeto de garantías.<sup>316</sup>

### Fase de los observadores electorales

Una vez finalizada la labor de la Mesa de Negociación y Acuerdos, la OEA, al PNUD y al Centro Carter asumieron un papel de observadores internacionales y asistentes técnicos del referéndum en agosto de 2004. La votación popular favoreció la permanencia del presidente,<sup>317</sup> aunque la fractura del país no quedaba superada, porque la agenda interna jugó un rol determinante. Desde esta intervención, es un caso *sui generis*, se ha abierto en el plano interamericano una bifurcación entre dos corrientes diversas en torno al consenso democrático recogido en la CDI, una en la línea de la concepción neoliberal y otra en la línea propuesta por los países miembros del bloque ALBA.<sup>318</sup> El consenso democrático está sujeto a serios cuestionamientos y conducido a la revisión de la aplicación de la CDI.

En la situación *de jure* puede concluirse, junto con la postura sostenida por el Comité de Juristas Interamericanos,<sup>319</sup> que la CDI se aplicó de conformidad con la legalidad y legitimidad interamericana. La premisa previa es la interpretación de la naturaleza de la CDI. El Comité Jurídico Interamericano dejó sentado en sus Observaciones y Comentarios sobre el Proyecto de Carta Democrática Interamericana,<sup>320</sup> que las

<sup>316</sup> Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004, p. 59.

<sup>317</sup> Datos del CNE arrojan 70 % de participación, con 59% a favor del gobierno.

<sup>318</sup> Gratius, S., *A diez años de la Carta Democrática Interamericana*, disponible en: <http://www.fride.org/publicacion/948/diez-anos-de-la-carta-democratica-interamericana>.

<sup>319</sup> CJI/doc.127/03 La democracia en el sistema interamericano informe de seguimiento sobre la aplicación de la carta democrática interamericana. Presentado por el Eduardo Vio Grossi.

<sup>320</sup> CJI/doc.76/01, del 16 de agosto de 2001.

...disposiciones de resoluciones de esta naturaleza tienen generalmente por objetivo interpretar disposiciones convencionales, constituir prueba de la existencia de normas consuetudinarias, dar debida cuenta de principios generales de derecho, o proclamar aspiraciones comunes, y pueden contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. Las disposiciones de algunas resoluciones de un órgano de una Organización Internacional pueden tener efecto obligatorio dentro de la Organización cuando así lo dispone el instrumento constitutivo de la misma.

En consecuencia, la prescripción contenida en los artículos 17, 18 y 20 de la Carta Democrática Interamericana podría ser ubicada entre las disposiciones con efecto obligatorio dentro de la Organización. La CDI también puede ser útil para interpretar normas convencionales.

En cuanto a las cuestiones procesales conviene resaltar las siguientes cuestiones. En primer lugar, la competencia se enmarca dentro de las atribuciones del Consejo Permanente (artículos 70 y 82 de la Carta de la OEA) y debe interpretarse que la Asamblea General de la OEA “encomendó” al Consejo Permanente actuar en este tipo de casos. En segundo lugar, los procedimientos aplicados están previstos en los artículos 17, 18 y 20 de la Carta Democrática Interamericana. La Resolución CP/RES.811 (1315/02), que inició la intervención del sistema supranacional, se fundamenta en el artículo 20 de la CDI “considerando que en Venezuela se ha producido una alteración del orden constitucional que afecta gravemente su orden democrático...” y empleó la realización de gestiones diplomáticas para “promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática. Por su parte las otras dos resoluciones (CP/RES.821 (1329/02) y la CP/RES. 833 (1348/02), adoptadas de conformidad con el artículo 18, buscan consolidar el proceso democrático” y “preservar el libre ejercicio de los elementos esenciales de la democracia”.

Un tercer aspecto controvertido fue la calificación de la situación venezolana no como “alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático” sino como una situación “que pudiera afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder”. La OEA optó por pronunciarse a favor de “la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento”, la que, por ende, no habría sido o no estaría siendo alterada, sino que estaría vigente.

Sin embargo, respecto a la aplicación de la CDI algunos aspectos resultan particularmente controvertidos, a saber, que opera “sólo con invitación”, puede reiterarse, reforzando un particular estilo elitista de soberanía:

la soberanía ejecutiva<sup>321</sup> y que se trate de un mecanismo tipo semáforo, esto es, que se debe esperar la luz verde de los Estados.<sup>322</sup> Si bien tradicionalmente el alcance del papel del secretario general en materia de acciones independientes de la Asamblea General y el Consejo Permanente en la defensa de la democracia es limitado (según las disposiciones del capítulo XVI de la Carta de la OEA), las cláusulas operativas de la CDI estipuladas en los artículos 17 y 18 describen un mayor rol en la diplomacia preventiva por parte del secretario general, aunque supeditado al consentimiento expreso del Estado miembro y, más concretamente, del jefe de Estado o de gobierno. El artículo 20 también autoriza al secretario general a convocar una reunión del Consejo Permanente en el caso de una alteración constitucional del régimen constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro.

c. La erosión de la democracia a la luz del sistema de derechos humanos

Como ha quedado expuesto, en cumplimiento de la resolución CP/RES. 811 (1315/02) y en desarrollo del artículo 20 de la Carta Democrática para investigar los hechos ocurridos el 11 y 12 de abril, y emprender las gestiones necesarias, incluidos los buenos oficios para promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática, el secretario general se pronunció sobre la alteración del orden constitucional, el examen íntegro de la situación condujo a la consideración de “mirar aspectos de la vida institucional del país en relación con disposiciones de la Carta Democrática”. En consecuencia, tuvo lugar un proceso de apoyo a la democracia venezolana, se instaló una “Mesa de Negociaciones” con participación del gobierno venezolano y de la oposición bajo la mediación del ex secretario general de la OEA, César Gaviria, buscando una salida democrática a la crisis, proceso que concluyó en 2004, luego del referéndum.<sup>323</sup>

Desde este primer caso de aplicación de la CDI se ha construido un acervo normativo o de criterios en torno a su alcance. Entre otros aspectos jurídicos relevantes, debo hacer mención particular a la interdependencia

<sup>321</sup> Cooper, A. F. y Legler, T. F., *Intervention Without Intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., “La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad”, en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130.

<sup>322</sup> Legler, T., *Desaparición del régimen interamericano para promoción de la democracia?*, 2011.

<sup>323</sup> Toda la información está disponible en la página oficial de la OEA. [http://www.oas.org/xxxiaga/espanol/documentos/informe\\_venezuela.htm](http://www.oas.org/xxxiaga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm).

entre democracia y desarrollo económico y social de 2005 (CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006). En el año 2007, el secretario general de la OEA presentó el informe sobre este instrumento en la región.<sup>324</sup> El Comité Jurídico Interamericano ha desarrollado posturas que dan cuenta de la conveniencia de llenar los vacíos de la CDI en tanto no se precisan los supuestos de ruptura y los supuestos de erosión de la democracia.<sup>325</sup> Sin embargo, la crisis venezolana representa un caso “de laboratorio” para examinar el alcance del mecanismo en cuanto a que sus linderos grises entre golpe de Estado y erosión de la democracia han generado una reacción particular del sistema. Aplicar la condicionalidad ante golpes de Estado es evidente. No lo es tanto cuando se está frente a la erosión de la democracia, supuesto que se configura de un modo más diluido y solapado.

En vista de las alegadas falencias de la CDI, propongo focalizar este escrutinio en función de los parámetros y estándares establecidos por la Corte Interamericana para llenar de contenido la CDI y sus supuestos de aplicabilidad. En primer lugar debe superarse el enfoque que observa una evolución fragmentada entre condicionalidad democrática y sistema de derechos humanos,<sup>326</sup> pues como se viene sosteniendo existe una interrelación estrecha entre la democracia y los estándares de derechos humanos. Si se analizan los indicadores que arroja el sistema interamericano de derechos humanos es posible avanzar en los criterios para aplicar la CDI en casos de erosión, asumiendo que este instrumento recoge el consenso de la región sobre el contenido de la democracia.<sup>327</sup> De allí que sea el test de la democracia de la Carta Democrática Interamericana (CDI) el instrumento guía para aplicar la condicionalidad. A tales efectos, tanto los últimos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) deben servir de parámetros. En el caso de Venezuela, en ambos indicadores se

<sup>324</sup> Resoluciones AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06, OEA/Ser. G, CP/doc.4184/07.

<sup>325</sup> CJI/doc.317/09 corr.1. Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana, presentado por el doctor Jean-Paul Hubert, CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1 y el Informe del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General en 2010.

<sup>326</sup> Legler, T., “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en von Bogdandy *et al.*(coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

<sup>327</sup> En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en esta Carta Democrática Interamericana. Véase el Voto Concurrente razonado del juez Diego García-Sayán. Sentencia de la CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, punto 26.

reflejan serias críticas en lo concerniente al cumplimiento de los elementos esenciales de la democracia (artículo 3) y de los componentes fundamentales de la consolidación democrática (artículo 4).

Cabe preguntarse, ¿cómo vincular el mecanismo político y el jurisdiccional? Sin pretender dar una respuesta absoluta ni exhaustiva sino ilustrativa y siguiendo un orden cronológico, recopilo algunos datos relevantes demostrativos de las situaciones que afectan seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales que enfrenta Venezuela. Pueden constituir elementos definitorios de la erosión de la democracia en la medida que explicitan la contravención del test democrático previsto en los artículos 3 y 4 de la CDI.

En el Informe de 2003 la CIDH destaca su preocupación con relación a la extrema polarización política y la violencia que caracteriza los enfrentamientos entre los manifestantes de distintos sectores, la falta de aplicación cabal de la Constitución,

...especialmente para la designación de las máximas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano, la percepción de la falta de independencia de los poderes del Estado, la creciente concentración de poder en el Ejecutivo Nacional, la impune actuación de los grupos civiles armados y de los grupos de exterminio, la tortura como práctica en los centros de detención, la tendencia a la confrontación y descalificación de la oposición política tradicional por parte del Gobierno, los constantes ataques contra periodistas y medios de comunicación, la tendencia hacia una militarización de la administración pública mediante el rol cada vez más protagónico de las Fuerzas Armadas, la politización de los cuerpos policiales, la creciente radicalización de las posturas políticas en un contexto de gran descontento social ante la insatisfacción de las demandas sociales, las controversias con relación al ejercicio de los derechos sindicales y el clima de marcada intolerancia política.<sup>328</sup>

En el Informe de 2004 la CIDH ratifica su preocupación por las “las continuas expresiones de desconocimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos emitidas por diversas autoridades del Estado” con base en el argumento de que se encuentran en contravención con “la soberanía nacional y responden a una concepción intervencionista de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos que carece de todo fundamento legal”.<sup>329</sup>

<sup>328</sup> CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, punto 55.

<sup>329</sup> CIDH, Informe anual 2005, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 febrero 2005, punto 145.

En el año 2005, la Comisión continuó estudiando la situación de Venezuela manifestando su preocupación por la existencia de un ambiente hostil al disenso político, entre otros a través del despido laboral y la obstrucción de beneficios sociales.<sup>330</sup> Junto a ello, la censura y autocensura de medios de comunicación no parecen cónsonos con el sistema democrático, pues la Comisión denota la regulación arbitraria y la concesión discriminatoria de dinero y publicidad a favor de medios pro-gubernamentales.<sup>331</sup> En el Informe anual de 2006, el capítulo sobre Venezuela pone de relieve que “los derechos políticos... son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.<sup>332</sup> En dicho Informe la CIDH pone énfasis en cuestiones como la administración de justicia, la problemática del sicariato en Venezuela, la impunidad que rodea las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales a manos de funcionarios estatales, la precaria situación de los privados de la libertad y el ambiente de presión política que estarían recibiendo diversos sectores de la sociedad civil, especialmente de aquellos que no muestran un alineamiento expreso a las consignas y objetivos del actual gobierno.<sup>333</sup>

La CIDH decidió en su Informe de 2007 identificar a Venezuela, con fundamento en los criterios establecidos, como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial, valorando que la situación del país muestra la existencia de un ambiente hostil para el disenso político, la judicialización de la protesta social y el señalamiento u hostigamiento a organizaciones no gubernamentales o defensores de derechos humanos, lo que afecta gravemente el pleno goce y disfrute a los derechos protegidos por la Convención Americana de la cual Venezuela es parte desde 1977.<sup>334</sup> También en la doctrina hay

<sup>330</sup> CIDH, Informe anual 2005, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, del 27 febrero de 2006, punto 331.

<sup>331</sup> CIDH, Informe anual 2005, *ibidem*, punto 369.

<sup>332</sup> CIDH, Informe anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 210. Sobre la necesidad del pluralismo político y la obligación de la jurisdicción constitucional de velar por su respeto y observancia, ver Casal, J. M., “Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia”, en varios autores, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, 2005; Navas y Castillo, “Estado democrático y partidos políticos”, *Revista forense*, Río de Janeiro, vol. 393, 2007, pp. 83-105.

<sup>333</sup> CIDH, Informe anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 140.

<sup>334</sup> CIDH, Informe anual 2007, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre de 2007, punto 222.

pronunciamientos al respecto,<sup>335</sup> en particular sobre el ambiente hostil para el disenso político.<sup>336</sup>

En el informe de la CIDH sobre democracia y derechos humanos en Venezuela de 2009, este órgano deja constancia de la preocupación de que Venezuela aún no había cumplido a cabalidad la gran mayoría de las recomendaciones contenidas en su Informe sobre *La Situación de los Derechos Humanos en Venezuela* emitido en 2003.<sup>337</sup> Asimismo deja sentada la actitud general de rechazo hacia las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos bajo el argumento de que contravienen la soberanía nacional.<sup>338</sup> Y agrega en dicho Informe que

...la Comisión ha identificado que la intolerancia política, la falta de independencia de los poderes del Estado frente al ejecutivo, las restricciones a la libertad de expresión y a la protesta pacífica, la existencia de un ambiente hostil para el libre ejercicio de la participación política en disenso y para la actividad de monitoreo por parte de las organizaciones de derechos humanos, la inseguridad ciudadana, la violencia que afecta a las personas privadas de su libertad, a sindicalistas, a mujeres y a campesinos, y sobre todo la impunidad en la que se encuentran los casos de violaciones a los derechos humanos, son factores que limitan seriamente la vigencia de los derechos humanos en Venezuela. Con miras a consolidar el sistema democrático, el Estado debe aumentar sus esfuerzos para combatir estos desafíos y alcanzar una mejor y más efectiva protección de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>339</sup>

<sup>335</sup> Una valoración sobre la situación del Estado de derecho en Venezuela se puede encontrar en: *Rule of Law*, Konrad Adenauer Foundation (ed.), The KAF Democracy Report 2006, Berlin, 2006, p. 283 y ss. Los informes anuales de PROVEA analizan tanto el contexto y el balance general como los derechos económicos, sociales, y culturales y los derechos civiles y políticos. Disponible en: [http://www.derechos.org.ve/actualidad/coyuntura/2007/coyuntura\\_193.html#04](http://www.derechos.org.ve/actualidad/coyuntura/2007/coyuntura_193.html#04).

<sup>336</sup> Respecto al ambiente hostil para el disenso es importante acotar que en la doctrina se menciona, como elemento con efectos negativos para la democracia en Venezuela, el dominio del partido de gobierno sobre todos los poderes públicos, lo cual impide a la oposición ejercer su función de control dentro de estos poderes. Ello facilita la ejecución “sin límites” de la política del Ejecutivo. Cfr. Sobre el papel dominante del “chavismo”, véase Erlingsen, K., *Auf dem Weg in ein Meer der Glückseligkeit? Venezuela unter Hugo Chávez*, octubre de 2005, disponible en: <http://www.weltpolitik.net/Regionen/Nord-%20und%20Lateinamerika/Gesamtregion/>.

<sup>337</sup> CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1160.

<sup>338</sup> *Ibidem*, Conclusiones, punto 1161.

<sup>339</sup> *Ibidem*, Conclusiones, punto 1163.

La CIDH decidió en su Informe de 2010 continuar identificando a Venezuela como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial y reitera, una vez más, instar al Estado a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana, insiste en su interés de realizar una visita al país, ofreciendo su colaboración y asesoría para apoyarle en esta tarea.<sup>340</sup> A comienzos de 2011, el Estado reconoció “que tiene debilidades en el retardo procesal, el hacinamiento en las cárceles venezolanas y el alto índice de violencia”.<sup>341</sup>

En el Informe 2012 la CIDH mantiene a Venezuela entre los países incorporados en el capítulo IV, debido a situaciones coyunturales o estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la CADH. En este Informe se hace hincapié en los aspectos relativos a la seguridad ciudadana democrática, al derecho al voto como derecho político, a la libertad de expresión. En cuanto al elemento esencial de la independencia del poder judicial, la Comisión insistió sobre el estándar

...que la vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho.

Amparada en los datos empíricos, en especial sobre la garantía de inamovilidad de los jueces, el análisis efectuado sobre la base de datos del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) arrojó que de un total de 2.950 jueces, sólo 775 son titulares. Tal situación revela una vulneración de los estándares del *ius constitutionale commune* democrático.<sup>342</sup>

El Estado venezolano rechazó abierta y reiterativamente los criterios de la CIDH.<sup>343</sup> Fue uno de los países que impulsó el llamado proceso de fortalecimiento, que tuvo una duración de casi dos años de reflexión y dis-

<sup>340</sup> CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 de marzo de 2011, punto 837.

<sup>341</sup> *Ibidem*, nota al pie de página 1194.

<sup>342</sup> CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 5 de marzo de 2013, puntos 374 y ss. (seguridad); 383 y ss. (elecciones); 389 y ss. (libertad de expresión); 464 y ss. (independencia del Poder Judicial).

<sup>343</sup> CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 de marzo de 2011, punto 837.

cusión, para definir el futuro de la CIDH. Los académicos (142 expertos) y las ONGs (entre tantas CEJIL), llevaron a cabo una decisiva defensa de los ataques de los que era objeto la Comisión, pues se le imputaba falta de imparcialidad y discriminación con determinados países (bloque Alba).<sup>344</sup> Ello tuvo su impacto, pues finalmente, aunque el proceso ha quedado abierto, las pretensiones de reforma del Estatuto, el cambio de sede y la limitación de fondos para la Relatoría de la libertad de expresión no lograron eco por parte de los Estados de la OEA.<sup>345</sup>

Respecto a la jurisprudencia de la CorteIDH, como órgano judicial autónomo de la OEA encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se evidencia la violación de este instrumento por parte de Venezuela. En una apretada síntesis, el núcleo del acervo del *ius constitutionale commune* sistematizado por la CorteIDH respecto a estas garantías debe servir como parámetro para determinar el alcance de la erosión de la democracia en el caso venezolano.

En este milenio se han dictado decisiones paradigmáticas en el ámbito de las desapariciones forzosas,<sup>346</sup> ejecuciones extrajudiciales,<sup>347</sup> tres casos vinculados a violaciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y al principio de independencia judicial, como son el caso Apitz y otros,<sup>348</sup> caso Reverón Trujillo,<sup>349</sup> y el caso Chocrón Chocrón<sup>350</sup>; tres casos por violación por parte del Estado venezolano de la garantía conteni-

<sup>344</sup> Cf. Sánchez, N. C., “El balance político de la reforma al sistema de derechos humanos de la OEA”. Disponible en: <http://www.americasquarterly.org/el-balance-politico-de-la-reforma-al-sistema-de-derechos-humanos>.

<sup>345</sup> En la página oficial de la CIDH están disponibles todos los documentos del proceso de reflexión. Un comentario de balance Sánchez, N. C., “El balance político de la reforma al sistema de derechos humanos de la OEA”.

<sup>346</sup> CorteIDH. Caso Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138 (desaparición de Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández).

<sup>347</sup> CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150. Se refiere a la ejecución extrajudicial de 37 reclusos del Retén de Catia, la madrugada del 27 de noviembre de 1992.

<sup>348</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Cf. Ayala Corao, C., “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, 2010, pp. 85-157.

<sup>349</sup> CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

<sup>350</sup> CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Sentencia del 10. julio de 2011. Serie C No. 227.

da en el artículo 13 de la CADH relativa a la libertad de expresión, a saber el caso Ríos,<sup>351</sup> el caso Perozo<sup>352</sup> y el caso Usón Ramírez;<sup>353</sup> violación del derecho a la libertad personal y del derecho a no ser sometido a detención arbitraria,<sup>354</sup> la condenatoria en el caso López Mendoza por la violación del artículo 23.2 de la CADH (derecho a ser elegido) por haber inhabilitado, por vía administrativa, al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública<sup>355</sup> y el caso de la familia Barrios, por violaciones cometidas por agentes policiales en relación con los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales, a la vida privada, a la propiedad privada y de residencia y circulación.<sup>356</sup>

En el tema carcelario es obligatorio hacer mención a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las condiciones de vida de las personas privadas de libertad en Venezuela,<sup>357</sup> que abarcan las medidas provisionales en los Asuntos Internado Judicial de Monagas (La Pica),<sup>358</sup> Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II,<sup>359</sup> Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II,<sup>360</sup> Centro Penitenciario de la Re-

<sup>351</sup> CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

<sup>352</sup> CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

<sup>353</sup> CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

<sup>354</sup> CorteIDH. Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

<sup>355</sup> CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Sentencia del 10. de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>356</sup> CorteIDH. Caso Familia Barrios *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. Agentes de la policía del Estado Aragua violaron los mencionados derechos de diversos integrantes de la familia Barrios. Véanse párrs. 313 y 314.

<sup>357</sup> Entre los informes, véase Provea, *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela. Informe Anual octubre 2009-septiembre 2010*, Caracas, 2010, p. 391; Informes del Observatorio Venezolano de Prisiones que denuncian una alta cifra de aproximadamente 400 internos que mueren anualmente en las cárceles venezolanas. Cf. Informe sobre los derechos humanos y el debido proceso de las personas privadas de libertad, en 10 centros penitenciarios, Venezuela, 2009, OVP, Caracas, 2010, pp. 191 y 192. Datos incluso oficiales del propio Estado. Cf. CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, nota al pie de p. 1194. Algún avance para atender la problemática. Cf. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, Informe Anual octubre 2010/septiembre 2011, Provea, Caracas, 2011, p. 365.

<sup>358</sup> Resoluciones de la CorteIDH desde febrero de 2006.

<sup>359</sup> Resoluciones de la CorteIDH desde marzo de 2006.

<sup>360</sup> Resoluciones de la CorteIDH desde febrero de 2008.

gión Centro Occidental: Cárcel de Uribana,<sup>361</sup> Asunto Centro Penitenciaro de Aragua “Cárcel de Tocorón”,<sup>362</sup> Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”,<sup>363</sup> medidas provisionales a favor de la jueza Afiuni.<sup>364</sup>

Un nuevo caso alusivo a las violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad (Díaz Peña)<sup>365</sup> provocó una enfática reacción del Estado venezolano en contra del órgano jurisdiccional del sistema interamericano.<sup>366</sup> Dicha reacción se concretizó en la comunicación al secretario general de la OEA mediante nota oficial del 10 de septiembre de 2012, de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>367</sup> y comenzó a correr el preaviso de un año previsto en el artículo 78 de la Convención, tal como ya se explicó en el capítulo I. Sólo cabe reiterar que la postura de Venezuela contraviene, tanto el régimen garantista de la Constitución de 1999, como la praxis anterior del Estado venezolano,<sup>368</sup> que había sido pionero en acudir a la figura jurídica de la solución amistosa con base en el “allanamiento” del Estado.<sup>369</sup> La justicia constitucional tampoco adop-

<sup>361</sup> Resoluciones de la CorteIDH desde febrero de 2007.

<sup>362</sup> Resoluciones de la CorteIDH desde noviembre de 2010.

<sup>363</sup> Resolución de la CorteIDH de mayo de 2011.

<sup>364</sup> Resolución de la CorteIDH de marzo de 2011 dejó sin efecto las medidas acordadas por el presidente.

<sup>365</sup> Véase CorteIDH. Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

<sup>366</sup> Véase declaración en el canal Telesur, disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2012/08/01/presidente-venezolano-asegura-que-organismos-como-la-cidh-deben-desaparecer-4102.html>.

<sup>367</sup> Mediante comunicado de prensa C-307/12 de, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, del 10 de septiembre de 2012.

<sup>368</sup> CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 26.

<sup>369</sup> Sobre un análisis de los seis primeros casos de solución amistosa, *Cfr.* Salgado Pesantes, H., “La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, México, 2003, p. 97.

tó una posición dialógica con la CorteIDH.<sup>370</sup> La actitud de resistencia sistemática es contraria al acervo construido en el *ius constitutionale commune*.<sup>371</sup>

## 2. Mecanismo de protección jurisdiccional: el ejemplo de la libertad de expresión

En el ámbito de la protección jurisdiccional de la democracia tomo como ejemplo la libertad de expresión pues constituye un componente fundamental de la democracia según lo previsto en el artículo 4 de la CDI. Como afirma la CorteIDH, sin la garantía efectiva de esta libertad, “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>372</sup>

La relevancia de la libertad de expresión, inclusiva de los principios de diversidad y pluralismo, está fuera de toda controversia, ya que juega un papel esencial no sólo en sí misma como derecho inalienable e inherente a todas las personas, sino también como herramienta para la defensa de otros derechos y elemento fundamental de la democracia.<sup>373</sup> Se trata de una libertad que, sin embargo, está siendo objeto de una creciente preocupación por las amenazas habituales y la vulneración que se evidencia en distintas latitudes.<sup>374</sup> Particularmente en el contexto suramericano, tanto en las primeras décadas de existencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

<sup>370</sup> Dos sentencias del TSJ declararon inejecutables fallos de la CorteIDH (Nº 1939 de 18 de diciembre de 2008 en el Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; sentencia del 17.10.2011 para inejecutar la decisión del caso López Mendoza (CorteIDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Serie C No. 233).

<sup>371</sup> CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36.

<sup>372</sup> Cf. CorteIDH. Caso Ríos vs. Venezuela, párr. 105; CorteIDH. Caso Perozo vs. Venezuela, párr. 116.

<sup>373</sup> Criterio sentado por la CorteIDH desde 1985 en “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70. En Europa, se puede consultar la reiterada jurisprudencia del TEDH desde los *leading cases* *Handyside vs. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979 y *Linges vs. Austria*, de 6 de julio de 1986; también TJUE, Asunto C-71/02, Recopilación 2004, I-3025.

<sup>374</sup> Cf. Declaración conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década, Washington DC, del 2 de febrero de 2010.

como en la actualidad,<sup>375</sup> la vulneración de la libertad de expresión se asocia con el legado de las dictaduras (sanciones penales, censura previa estatal de libros, películas y obras de arte bajo el lema de la protección de la moral social, el orden público y las buenas costumbres),<sup>376</sup> y ahora aparece vestida con otros ropajes en los regímenes populistas (en la forma de asfixiantes leyes de prensa, manipulación de publicidad oficial, impunidad frente a los crímenes cometidos con el propósito de acallar la disidencia o el uso arbitrario de las nuevas tecnologías de comunicación).<sup>377</sup> La violación de la libertad de expresión representa una constelación de significativo alcance en la agenda del Tribunal de San José, pues las decisiones en esta materia ocupan una décima parte de su jurisprudencia y se rigen por el silogismo de destinarse para el “desarrollo integral de la persona y, de suyo, para la viabilidad correlativa de la democracia”.<sup>378</sup>

Conforme a la jurisprudencia de la CorteIDH, la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática,<sup>379</sup> “es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño”.<sup>380</sup> En concordancia con la doctrina, que afirma que se trata de un derecho “que logra vertebrar al plexo de todos los dere-

<sup>375</sup> Véase a título de ejemplo los informes de país de la Comisión respecto a Cuba de 1962, República Dominicana de 1965, Haití de 1969. Según el Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de 1999, las Américas era la región del mundo más peligrosa para el ejercicio de la profesión de periodista dado el alto número de periodistas asesinados, e innumerable cantidad de agresiones físicas y amenaza. Cf. Informes anuales de la Relatoría. Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>. Según las cifras extraídas del Observatorio Iberoamericano de la libertad de prensa, en los once primeros años del siglo XXI, se han registrado en Suramérica 124 muertes violentas de periodistas. Disponible en: [http://www.infoamerica.org/libex/libex\\_portada.htm](http://www.infoamerica.org/libex/libex_portada.htm).

<sup>376</sup> Por ejemplo el Comunicado No. 19, 24 de marzo de 1976, en Argentina, en el que se establecieron severas penas de prisión contra quien difundiera o comunicara imágenes provenientes o atribuidas a asociaciones ilícitas o personas o grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o al terrorismo. Diario La Prensa, 24 de marzo de 1976.

<sup>377</sup> Un estudio casuístico sobre el cambio de paradigma orientado al show mediático suscitado con oratoria populista, fondos públicos, amedrentamiento a los periodistas y normas regulatorias de los medios en Dinatale, M. y Gallo, A., *Luz, cámara... ¡gobiernen! Nuevos paradigmas de la comunicación presidencial en América Latina*, Buenos Aires, 2010, pp. 17 y ss.

<sup>378</sup> Aguiar Aranguren, A., *La libertad de expresión y prensa: jurisprudencia interamericana (1987-2009)*, Miami, 2009, pp. 13 y 14.

<sup>379</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

<sup>380</sup> García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 17.

chos humanos justificándolos sustantivamente”,<sup>381</sup> que se reconoce como “derecho poliedrico”<sup>382</sup> y como “contrapeso” en democracias con una frágil separación de poderes,<sup>383</sup> la CorteIDH da amplia protección a la libertad de expresión, inspirada en los parámetros de una protección al *maximum* y una restricción al *minimum*.<sup>384</sup>

Con el propósito de sistematizar los estándares jurisprudenciales desarrollados en esta categoría paradigmática, sin ánimo exhaustivo sino únicamente ilustrativo, se examinan tres ejes relevantes: la evolución, la interpretación del contenido de este derecho como componente fundamental del ejercicio de la democracia y las restricciones posibles en una sociedad democrática. El análisis permite identificar los aportes de las decisiones de la CorteIDH en la construcción del *ius constitutionale commune* en éste ámbito concreto, logrado a través de la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos fijada en sus opiniones consultivas y en sus sentencias resolutorias de los casos contenciosos. Dichos estándares van creando efectos armonizadores y tuitivos de los derechos humanos vigentes en la región. Salvaguardar la libertad de expresión, desde las Constituciones pos independencia hasta esta hora del siglo XXI, representa todavía un desafío.

#### A. Breve reconstrucción de la protección de la libertad de expresión

En el sistema interamericano de derechos humanos la libertad de expresión está regulada tanto en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) de 1948 como en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969. Asimismo la Carta Democrática Interamericana (CDI) le asigna a este derecho un carácter de componente fundamental del ejercicio de la

<sup>381</sup> Aguiar Aranguren, A., “El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericana. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia”, *Colección estudios jurídicos*, Caracas, núm. 87, 2008, p. 69.

<sup>382</sup> Bustos Gisbert, R., “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (artículo 10 CEDH)”, en García Roca y Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 529-563, p. 532.

<sup>383</sup> Cf. Grossman, C., “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 46, 2007, pp. 157-191, p. 157.

<sup>384</sup> Cf. Informe de la Relatoría de la libertad de expresión de 2009, pp. 240-317. Cf. También caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr 96; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85.

democracia (artículo 4) y en este sentido ha sido citado por la CorteIDH en sus sentencias relativas a la libertad de expresión.<sup>385</sup> Igualmente el acervo constituido por los propios estándares fijados por CorteIDH<sup>386</sup> amplía el nivel de protección de la libertad de pensamiento y expresión en el hemisferio, incluida Suramérica.<sup>387</sup>

Es importante destacar que la CorteIDH respalda su jurisprudencia con los estándares de protección aplicados a nivel universal y regional. Respecto a la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, la CorteIDH cita diferentes casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>388</sup> así como los pronunciamientos tanto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>389</sup> como de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>390</sup> En lo concerniente al derecho de acceso a la información, la Corte también incorpora expresamente las refe-

<sup>385</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, nota al pie de página 73; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, nota al pie de página 61; Voto concurrente razonado del juez Diego García Sayán en el caso Rimel *vs.* Argentina del 2 de mayo de 2008, párr. 5. La Corte cita los artículos 4 y 6 de la CDI para hacer énfasis en la mayor participación ciudadana. *Cfr.* CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 79.

<sup>386</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

<sup>387</sup> Para un análisis pormenorizado y actual de los estándares del SIDH, *Cfr.* CIDH, Informe anual de la Relatoría especial para la libertad de expresión 2012, OEA, Washington DC, 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202012.pdf>.

<sup>388</sup> Entre los tantos casos europeos citados, ECHR 2003-XI; Perna *v.* Italy [GC], no. 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; Dichand and others *v.* Austria, no. 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; ECHR, Lehideux and Isorni *v.* France, Judgment of 23 September, 1998, párr. 55; ECHR, Otto-Preminger-Institut *v.* Austria, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, párr. 49; ECHR, Castells *v.* Spain, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, párr. 42; ECHR, Oberschlick *v.* Austria, Judgment of 25 April, 1991, párr. 57; ECHR, Müller and Others *v.* Switzerland, Judgment of 24 May, 1988, Series A No. 133, párr. 33; ECHR, Case of Lingens *v.* Austria, Judgment of 8 July, 1986, Series A No. 103, párr. 41; ECHR, Barthold *v.* Germany, Judgment of 25 March, 1985, Series A No. 90, párr. 58; ECHR, The Sunday Times *v.* United Kingdom, Judgment of 29 March, 1979, Series A No. 30, párr. 65; y ECHR, Handyside *v.* United Kingdom, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, párr. 49.

<sup>389</sup> O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Aduayom y otros *v.* Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen del 12 de julio de 1996, párr. 7.4.

<sup>390</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project *v.* Nigeria, Communication Nos 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, párr. 54.

rencias a instrumentos *soft law* del contexto regional como las resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA,<sup>391</sup> la declaración de Nuevo León<sup>392</sup> e, igualmente, del contexto universal<sup>393</sup> y europeo.<sup>394</sup>

Como afirma el Tribunal de San José, existe convergencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal en lo concerniente al rol esencial que desempeña la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática.<sup>395</sup> El contenido de tipo normativo del artículo 13 de la CADH se ve especificado por la Corte en su condición de intérprete autorizado de la Convención Americana.<sup>396</sup> Sin duda, todo el complejo de disposiciones normativas, incluyendo particularmente el *soft law* y el acervo jurisprudencial del órgano supranacional, configuran un régimen jurídico democrático en el espacio interamericano en el campo concreto de la libertad de expresión de amplio espectro.<sup>397</sup> Todavía, no obstante, quedan abiertas cuestiones a futuro, ya

<sup>391</sup> Entre otras se encuentran: Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

<sup>392</sup> Declaración de Nuevo León, aprobada el 13 de enero de 2004. *Cfr.* CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 80.

<sup>393</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 del 31 de octubre de 2003 (artículos 10 y 13); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992 (principio 10). *Cfr.* CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 81.

<sup>394</sup> Resolución No. 428 adoptada el 23 de enero de 1970 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Resolución Nº 854 adoptada el 1o. de febrero de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Declaración sobre libertad de expresión e información, adoptada por el Comité de Ministros el 29 de abril de 1982; Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998; Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental; Recomendación No. R (2002)2, adoptada el 21 de febrero de 2002. *Cfr.* CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 81.

<sup>395</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 86.

<sup>396</sup> Las consideraciones de la CorteIDH “constituyen criterios generales de validez aplicables para todos los Estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José”. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, F., “La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano”, *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, 2010, pp. 109-156, p. 121.

<sup>397</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor alude al auténtico “bloque de constitucionalidad” de los países latinoamericanos, creación de las jurisdicciones nacionales y que contempla no sólo

que hasta ahora la CorteIDH no se ha pronunciado sobre algunas materias como por ejemplo el derecho de acceso a los datos personales.<sup>398</sup>

a. Hitos jurisprudenciales: sin libertad de expresión no hay auténtica democracia

A partir de mediados de la década de los ochenta, en plena transición democrática, la CorteIDH comenzó a sentar las bases interpretativas del artículo 13 de la CADH para garantizar la libertad de expresión, con su estilo propio y destacando la especificidad del sistema interamericano, pronunciándose primeramente vía opinión consultiva,<sup>399</sup> ya que sólo en el siglo XXI ha tenido ocasión de dictar decisiones vía contenciosa.<sup>400</sup> Se trata de una jurisprudencia,<sup>401</sup> que sin estar totalmente acabada, destaca el alcance de esta libertad, los deberes del Estado respecto a su garantía y los estrictos criterios que rigen para su restricción, siempre en el entendido que la libertad de expresión es un pilar de la democracia y tiene una estrecha relación con otros principios básicos de una sociedad democrática como la transparencia, el pluralismo y la tolerancia.<sup>402</sup>

a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la CorteIDH para destacar que ocasionalmente el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”. *Cfr.* Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 26.

<sup>398</sup> *Cfr.* Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 76.

<sup>399</sup> CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

<sup>400</sup> CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay; Caso Palamarra Iribarne *vs.* Chile; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela; CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela.

<sup>401</sup> *Cfr.* Aguiar Aranguren, A., *El derecho a la democracia*, Caracas, 2008, p. 69.

<sup>402</sup> En esta línea de favorecer la transparencia vale destacar que la CorteIDH se ha pronunciado sobre el papel de las ONG's y los defensores de derechos humanos en la democracia (CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 87).

Los aportes de la Corte Interamericana, en su expansiva construcción de la salvaguarda de la libertad de expresión, pueden dividirse en dos fases. El *dictum* fundacional, que se enunció en la opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 1985.<sup>403</sup> Este primer aporte se entrelaza con la opinión consultiva referida a la Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 1986,<sup>404</sup> dado que representa justamente la contrapartida cuando se abusa de la libertad de expresión. En la década (2001-2011), la CorteIDH materializa el segundo periodo con una amplia doctrina de estándares para garantizar la libertad de expresión. Si bien la CorteIDH se ha ocupado de dictar medidas provisionales *prima facie* en materia de libertad de expresión cuando concurren los requisitos básicos de la extrema gravedad, urgencia y necesidad de prevención de daños irreparables a las personas, éstas no son objeto de examen.

#### b. El *dictum* fundacional vía competencia consultiva

La interpretación del artículo 13 de la CADH comienza a través del uso de la competencia consultiva de la CorteIDH, con motivo de examinar la colegiación obligatoria de periodistas y ante la solicitud formulada por Costa Rica.<sup>405</sup> En este caso, la Corte no fundamenta explícitamente su argumento en la libertad de asociación sino que aprovecha para pronunciarse sobre la libertad de expresión como “una materia que tiene especial importancia en el Continente”.<sup>406</sup> Asimismo, la Corte se declaró competente para conocer la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica, aun cuando existía el antecedente de haberse presentando mediante una denuncia ante la Comisión Interamericana contra Costa Rica, que fue

<sup>403</sup> CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

<sup>404</sup> CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

<sup>405</sup> El caso se refiere a un periodista estadounidense residente en Costa Rica que fue condenado a tres meses de prisión por ejercicio ilegal de la profesión al no haber cumplido el requisito de formar parte del Colegio de Periodistas de ese país, exigido por el orden doméstico.

<sup>406</sup> CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 25.

desestimada por dicho órgano. La Corte aclaró que no existía causal de inadmisibilidad por tratarse de procedimientos legales diferentes.<sup>407</sup>

La Corte, al pronunciarse acerca de que toda persona debe poder ejercer el derecho de rectificación o respuesta, haya o no una ley que lo regule, establece un doble vínculo entre rectificación y libertad de expresión. En primer término, dice la Corte que la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.<sup>408</sup> En segundo lugar, partiendo de la ubicación en la propia Convención, la Corte afirma que el derecho de rectificación (artículo 14) refuerza la libertad de expresión (artículo 13), en una relación de complementariedad entre ambos derechos. Dicha relación, agrega, se desprende de la naturaleza de los derechos regulados en la Convención, mediante la cual los Estados partes están obligados, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, a respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 de modo tal que en la interpretación de éste último no hagan nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 de la CADH.<sup>409</sup>

De la opinión consultiva OC-5 1985 se desprenden los criterios generales sobre el estándar democrático de la libertad de expresión, la doble dimensión de esta libertad, la interpretación restrictiva de las responsabili-

<sup>407</sup> CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 18-28. En doctrina también se rechaza que se tratara de un caso contencioso encubierto, en razón de que no se pretendía resolver un caso específico solapadamente habiendo Costa Rica ganado dicho caso ante la Comisión. Cf. González Morales, F., “La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Revenga Sánchez y Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2008, pp. 225-269, p. 230.

<sup>408</sup> CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

<sup>409</sup> CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 25. Ratificando la concepción de que ambos derechos constituyen un conjunto unitario, el juez Gross Espiell destacó que “en su dimensión individual, el derecho de rectificación o respuesta garantiza al afectado la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de la información emitida en su perjuicio por inexacta o agraviante. En su dimensión social, la rectificación o respuesta permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agraviante.” Cf. Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, párr. 5.

dades ulteriores, que se proyectan como líneas básicas en los casos contenidos, como se constata en los puntos sucesivos.

a. Casos en la década 2001-2011: de las dictaduras a los autoritarismos

La investigación se centra en los casos que se ha declarado la violación del derecho consagrado en el artículo 13 de la CADH por parte de la CorteIDH, es decir, de la libertad de pensamiento y expresión.<sup>410</sup> En la mayor parte de las constelaciones casuísticas conocidas por la CorteIDH por la vía contenciosa durante la década 2001-2011, se constata como denominador común la vulneración de la libertad de expresión cuando se trata de un discurso vinculado a temas de interés público (corrupción, desempeño de un funcionario público, abusos de las fuerzas militares), se recurre al derecho penal como medio para inhibir la circulación libre de ideas (quien da la información es denunciado, acusado y sentenciado), la restricción a la libertad de expresión proviene de la acción u omisión estatal y se limitan los mecanismos del debate, control y pluralismo democráticos.<sup>411</sup> El resto de los casos configuran censuras previas a la libertad de expresión y las nuevas formas de vulneración materializadas en actos de hostigamiento y agresión por funcionarios y particulares en perjuicio de personas vinculadas a los medios de comunicación.

Como corolario de lo anterior, la casuística puede sistematizarse con base en los estándares aplicados por la Corte en las cuestiones vinculadas a la censura previa (a), a los medios indirectos de amenaza a la libertad de expresión (b), a sanciones penales en casos de calumnias, injurias y desacato (c), respecto al acceso a la información (d) y a una novedosa constelación que podrían denominarse como “hostigamientos” del Estado o particulares en contra de los medios de comunicación (e). Debe advertirse que no se trata de categorías rígidas que no tengan aristas convergentes.<sup>412</sup> El propósito

<sup>410</sup>Aun cuando ha habido otros casos en los que se ha invocado tal violación, pero la Corte lo ha subsumido como una consecuencia accesoria de la violación de otros derechos. En Suramérica por ejemplo: CorteIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; CorteIDH. Caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

<sup>411</sup>Arcila Cano, J. A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*, disponible en: <http://nemesis.unalmed.edu.co/forum/articulo6.pdf>, pp. 113-146, pp. 116 y s.

<sup>412</sup>En el caso de Palamara Iribarne se le dio por terminado su contrato anticipadamente en la institución pública donde laboraba, lo que se identifica en la sentencia como un medio

es dar una visión general, esbozando un breve relato de cada uno y subsumiéndolos en las cinco categorías mencionadas.

Una primera categoría relacionada con la censura previa, caso *Olmedo Bustos*, estuvo referido a la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”, habiendo sido confirmada la decisión judicial por la Corte Suprema de Chile.

En la segunda categoría, atendiendo a los mecanismos indirectos para limitar la libertad de expresión, puede ubicarse el caso *Ricardo Canese*, quien fue condenado en Paraguay por el delito de difamación a una pena de privación de libertad, una multa y restricciones de salida del país por sus declaraciones durante la contienda electoral mientras era candidato presidencial, dirigidas en contra de otro candidato, al que vinculó con el ex dictador Stroessner en torno a un consorcio empresarial que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, y, con otra modalidad pero en la misma categoría, el caso *Ivcher Bronstein*, a quien el Estado peruano privó arbitrariamente del título de nacionalidad adquirida por naturalización, pues era el accionista mayoritario, director y presidente del Directorio del Canal 2 —Frecuencia Latina— de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

En la tercera categoría, que engloba los casos de quienes por ejercer su derecho a expresar libremente sus ideas y opiniones se vieron sometidos a la jurisdicción penal, se incluyen el caso de *Humberto Antonio Palamara Iribarne*, oficial retirado de la Armada chilena y funcionario civil al momento de los hechos, a quien se le juzgó en jurisdicción militar por el delito de desacato y se prohibió la publicación de su libro *Ética y servicios de inteligencia*, en el que abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos (en este caso se incautaron los ejemplares del libro y los originales tanto de la imprenta como del domicilio personal); el caso *Eduardo Gabriel Kímel*, conocido periodista, escritor e investigador histórico argentino, quien fue condenado a un año de prisión y multa por el delito de calumnia al haber publicado el libro *La masacre de San Patricio*, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos y criticaba la actuación de las autoridades encargadas de

indirecto de restricción. *Cfr.* CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 94. En este mismo caso, la doctrina identifica una censura previa al prohibir la circulación del libro. *Cfr.* García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, cit.*, 2007, pp. 35 y ss.

la investigación de los homicidios, entre ellas la de un juez, quien inició el proceso penal en su contra; en el caso del general retirado *Francisco Usón Ramírez*, quien fue condenado por el fuero militar a cumplir una pena privativa de la libertad de cinco años y seis meses por el delito de *Injuria a la Fuerza Armada Nacional* venezolana, como consecuencia de declaraciones emitidas durante una entrevista televisiva en la que solicitaban su experticia en torno al uso de lanzallamas en un incendio ocurrido en una celda donde estaban recluidos soldados.

En la cuarta categoría se ubican los casos relativos al acceso a la información, a saber, el primer caso, calificado de inusual en la práctica interamericana,<sup>413</sup> fue el de *Claude Reyes* contra Chile, en el que el Estado se negó sin justificación a brindarle toda la información requerida al órgano público competente en relación con una empresa forestal involucrada en un proyecto de deforestación que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible del país, y en el caso *Gomes Lund*, que extiende el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado en los casos de violaciones de derechos humanos, porque se negó a los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada el acceso a la información sobre los hechos relacionados con la *Guerrilha do Araguaia* (detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas en el contexto de la dictadura militar de Brasil).

En la quinta y última categoría se inscriben los actos y omisiones consistentes en declaraciones de funcionarios públicos y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de personas vinculadas a medios de comunicación, como son los casos Ríos y Perozo *versus* Venezuela.

#### B. *El contenido de la libertad de expresión como componente fundamental del ejercicio de la democracia*

En efecto, asignarle una dimensión colectiva a la libertad de expresión, concebir la expresión y difusión como un núcleo indisoluble y alertar sobre la supresión radical del derecho como alteración de las condiciones básicas de una sociedad democrática,<sup>414</sup> conduce a reforzar la concepción simbiótica

<sup>413</sup> Cf. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 75.

<sup>414</sup> Cf. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 39 y 45; CorteIDH. Caso Palamarra Iribarne *vs.* Chile, párr. 68.

ca entre libertad de expresión y democracia y su condicionalidad recíproca (si se pierde la libertad de expresión, peligra la garantía de todos los otros valores y principios democráticos, y viceversa, sin democracia, no hay salvaguarda de expresar las ideas libremente y no hay plena vigencia del resto de los derechos humanos). Por ello, se presentan los rasgos básicos del estándar relativo al alcance de la libertad de expresión en tanto parámetro de orientación general y presupuesto del estándar democrático propiamente dicho así como la gradualidad de la supresión del derecho en cuestión.

*a. Un alcance del artículo 13 CADH coherente con la sociedad democrática*

Postulado esencial: máxima cobertura, mínima restricción

La Corte sostiene que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron estructuradas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”.<sup>415</sup> En este marco y siguiendo su vocación tutelar, la Corte-IDH puntualiza la especificidad de la regulación del derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la Convención Americana al compararla con otros instrumentos jurídicos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19: 1) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>416</sup> El artículo 13 de la Convención Americana no admite la censura previa como mecanismo de restricción y dispone claramente las limitaciones a la libertad de expresión y su carácter excepcional, lo que en la doctrina se ha denominado la bipolaridad típica de la CADH en cuanto a los dos mecanismos de restricción de la libertad de expresión: uno ilegítimo, como es la censura previa y otro legítimo, dado por la determinación de las responsabilidades ulteriores.<sup>417</sup>

<sup>415</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 50.

<sup>416</sup> Se distingue el CEDH de la CADH en dos aspectos esenciales: el primero, que el Convenio Europeo regula separadamente la libertad de pensamiento y la libertad de expresión y el segundo, que en el texto europeo se abarcan las personas físicas y jurídicas dentro de esta libertad a diferencia de su homóloga americana. Cf. Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América Latina. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 463 y ss.

<sup>417</sup> González Morales, F., “La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Revenga Sánchez/Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 225-269, p. 242.

No cabe duda que en el ámbito de la libertad de expresión y las modernas tecnologías también existe el riesgo de nuevas formas de censuras que puedan hacerse a internet, blogs o al periodismo ciudadano, bajo el alegato de proteger el derecho a la imagen, la privacidad o el uso del propio nombre<sup>418</sup> que generarán una evolución de la jurisprudencia y de los estándares de la CorteIDH en esas líneas. Estas cuestiones no han llegado todavía al Tribunal de San José.

Interpretando el alcance del artículo 13 del Pacto de San José respecto la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado la Corte especifica sus connotaciones, a saber: contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, protege a toda persona sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal y permite a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.<sup>419</sup> La Corte Interamericana ha determinado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones.<sup>420</sup>

### Dimensión individual y colectiva

Conforme a la argumentación de la Corte, el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión tiene una doble dimensión, esto es, como derecho de cada individuo (que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento) y como derecho colectivo (a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno).<sup>421</sup> En su dimensión individual, “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino

<sup>418</sup> En Argentina por ejemplo se mencionan más de 100 decisiones judiciales de amparo que ordenan a los buscadores como Yahoo y Google, impedir la búsqueda de ciertos nombres. Ponencia de Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, en el Primer Foro Nacional Sobre Libertad de Expresión y Prensa, 13 de agosto, 2009.

<sup>419</sup> Cf. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 77; CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, párr. 197.

<sup>420</sup> Cf. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 92; CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, párr. 199.

<sup>421</sup> Cf. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 108; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 146; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 64 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención

que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.<sup>422</sup> Uno de los pilares de esa libertad de expresión para difundir las ideas es el derecho a usar el propio idioma.<sup>423</sup> La dimensión social facilita el intercambio de ideas e informaciones y de comunicación masiva entre los seres humanos, permite el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros, porque ambas caras son importantes para el ciudadano común.<sup>424</sup> En esta doble dimensión también se reconoce el derecho de acceso a la información.<sup>425</sup> La plena efectividad del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión exige que ambas dimensiones deban ser garantizadas con base en su complementariedad y simultaneidad.<sup>426</sup>

### Indivisibilidad de la expresión y la difusión

Según la Corte existe una indivisibilidad entre la expresión y la difusión del pensamiento y de la información, por lo que cualquier limitación a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.<sup>427</sup> De modo reite-

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

<sup>422</sup> Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31; CorteIDH. Palamara *vs.* Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73.

<sup>423</sup> Fuerá del contexto suramericano, el caso es de gran relieve por tratarse de un miembro de una comunidad garífuna hondureña, privado de libertad, a quien se prohibía usar su idioma materno. *Cfr.* CorteIDH. Caso López Álvarez *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10. de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 164, 168 y 169.

<sup>424</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 148; CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 66 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 32.

<sup>425</sup> Romero Silvera, G., “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”, *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010, pp. 157-182, p. 162.

<sup>426</sup> Un ejemplo es el del señor Canese, quien difundió comentarios en contra del candidato adversario. *Cfr.* CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 81; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 149; CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 67 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 32.

<sup>427</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 147; CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 65 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 36.

rado y sistemático, la Corte sostiene que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole”, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás,<sup>428</sup> e incluso accediendo a la información bajo el control del Estado, con la consecuente obligación positiva de éste de suministrarla o negarla con base en algún motivo permitido por la Convención.<sup>429</sup>

### b. La tríada de su funcionalidad democrática

La originalidad de la Corte puede dibujarse a través de sus aseveraciones, que tienen en cuenta no sólo el contexto en el que tendrán aplicación sino particularmente su vocación tutelar amplia, orientada por los principios que deben regir el debate, control y el pluralismo en una sociedad democrática,<sup>430</sup> combinando las reglas de interpretación más favorable a la persona humana y la no discriminación. Adoptando la tríada para su operatividad, la CorteIDH como regla general, afirma que debe tratarse de una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, porque sin ella, “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.<sup>431</sup>

### El libre discurso y debate político

Algunas máximas que emplea la Corte son clarificadoras de la relevancia que le asigna a la libertad de expresión para favorecer el libre discurso y debate político, esencial para la consolidación de la vida democrática de las sociedades.

<sup>428</sup> *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 64; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 77; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 76; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 53.

<sup>429</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, párr. 198.

<sup>430</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Fontevecchia y D’Amico *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 44, 47, 94.

<sup>431</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 105; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 116.

*Una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre:* cuando la Corte Interamericana se refiere al vínculo estrecho entre democracia y libertad de expresión como elemento fundamental para la existencia de una sociedad democrática,<sup>432</sup> pone énfasis en que este derecho resulta indispensable para la formación de la opinión pública y es “*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”<sup>433</sup>

*La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia:* dado que muchas veces los Estados invocan conceptos como el bien común u orden público para restringir la libertad de expresión, la Corte se ha manifestado en clave democrática para favorecer la máxima cobertura del discurso público interpretado bajo los parámetros de la Convención admitiendo como orden público “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”<sup>434</sup> y como bien define el “concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”,<sup>435</sup> siendo uno de sus imperativos fortalecer el funcionamiento de las instituciones democráticas.<sup>436</sup> Ambas nociones deben interpretarse de forma “ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática”,<sup>437</sup> que en el sistema interamericano se orientan a la democracia representativa.<sup>438</sup> El concepto de orden público reclama que, dentro

<sup>432</sup> Desde la OC sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70. Hasta las últimas sentencias Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, párr. 131; Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 105; Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 116; Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 47; Caso Kimel *vs.* Argentina, párrs. 87 y 88.

<sup>433</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70 y CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 82.

<sup>434</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70 y CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 82.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 64.

<sup>435</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>436</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>437</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párrs. 72 y 73; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 91.

<sup>438</sup> La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, párrs. 30 y 34.

de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto.<sup>439</sup>

*El debate público incluye discursos no gratos:* la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, garantiza tanto la difusión de información o ideas tanto la difusión de información o ideas calificadas como inofensivas o indiferentes así como las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población.<sup>440</sup> En doctrina se habla de la presunción de *cobertura ab initio* de los discursos de toda naturaleza, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores.<sup>441</sup>

### El control ciudadano

Del análisis jurisprudencial emergen dos caracteres distintivos de la función de la libertad de expresión para facilitar el control democrático que se pueden sintetizar en dos máximas.

*Transparencia y fiscalización van de la mano:* el control democrático por parte de la sociedad, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.<sup>442</sup> La Corte ha resaltado que en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión, en sus dos dimensiones, es un bastión fundamental para el debate y herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores y representa “un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.<sup>443</sup> En una sociedad democrática debe garantizarse la posibilidad del cuestionamiento e indagación “sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar”.<sup>444</sup>

*Publicidad y transparencia como “deber”:* la Corte vincula el control con el deber del Estado de ajustar su actuación a los principios de publicidad y

<sup>439</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 69.

<sup>440</sup> CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs.* Colombia, párr. 172; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 116.

<sup>441</sup> Nomenclatura utilizada por la relatoría de libertad de expresión. *Cfr.* Informe 2009, pp. 241-256.

<sup>442</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 97.

<sup>443</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 88.

<sup>444</sup> *Ibidem*, párr. 90.

transparencia en la gestión pública, a fin de que pueda ejercerse el control democrático de las gestiones estatales, cuestionando, indagando y considerando si está cumpliendo adecuadamente las funciones públicas. En este orden de ideas, agrega el órgano supranacional que cuando se trata de asuntos de interés público, el acceso a la información bajo el control del Estado y el control social deben convergir, facilitando la participación en la gestión pública a través de dicho control social.<sup>445</sup>

### El pluralismo

Una revisión del estándar democrático en lo atinente al pluralismo revela las distintas aristas que se desprenden de la interpretación jurisprudencial dada por la Corte, que pueden agruparse en las siguientes máximas.

*Las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática:* en los tiempos actuales de polarización de las sociedades latinoamericanas es orientadora la afirmación de la Corte en lo concerniente a que el “disenso y las diferencias de opinión e ideas son consustanciales al pluralismo que debe regir en toda sociedad democrática”.<sup>446</sup> Los Estados están en la obligación de garantizar la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios.<sup>447</sup>

*El eco de la diversidad social en los discursos de funcionarios públicos:* este postulado trae como consecuencia que se genere confianza entre la ciudadanía y se posibilite un debate abierto entre los diferentes sectores de la sociedad sobre temas de interés nacional. Para la Corte, la actuación de los servidores públicos debe estar regida por la máxima prudencia ya que “en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos”.<sup>448</sup> En la doctrina se argumenta que este deber tiene su fundamento en la necesidad de proteger los derechos de terceros e “impedir que sectores

<sup>445</sup> CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 86.

<sup>446</sup> CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 74; *Cfr.* CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, párr. 131.

<sup>447</sup> CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs.* Colombia, párr. 176.

<sup>448</sup> CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 139.

afines a un gobierno consideren que una declaración es una autorización implícita para llevar a cabo acciones en contra de sectores de oposición".<sup>449</sup>

*La equidad para asegurar el pluralismo informativo:* en razón de la relevancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, "el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones —distintas corrientes—<sup>450</sup> en el debate público". En sus últimas decisiones, al referirse a la máxima de que la equidad debe regir el flujo informativo, la Corte ha puesto de relieve la protección de los derechos humanos de "quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas".<sup>451</sup>

*El papel plural de los medios de comunicación:* en una sociedad democrática, los medios de comunicación deben ser verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, lo que trae consigo el deber de recoger las más diversas informaciones y opiniones.<sup>452</sup> Entendida la libertad de expresión como un componente esencial de la libertad de prensa, no implica, sin embargo, que sean sinónimos o que el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda. Dicha libertad requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación y ello tiene dos implicaciones, pues por una parte, no puede haber individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a los medios y, por otra parte, es indispensable que exista pluralidad de medios, por lo que es imperativa la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, "cualquiera sea la forma que pretenda adoptar".<sup>453</sup> La Corte insiste en que los periodistas deben gozar de protección e independencia para realizar sus funciones a cabalidad, ya que "son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad".<sup>454</sup>

Conforme al parámetro del Tribunal de San José,

<sup>449</sup> Arcila Cano, J. A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*, disponible en: <http://nemesis.unalm.edu.co/forum/articulo6.pdf>, pp. 113-146, p. 124.

<sup>450</sup> CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 117.

<sup>451</sup> CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 57; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 117.

<sup>452</sup> CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 147.

<sup>453</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34. Más recientemente CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 57.

<sup>454</sup> CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 150.

...el ejercicio del periodismo por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención. A diferencia de otras profesiones, el ejercicio profesional del periodismo es una actividad específicamente garantizada por la Convención y no puede ser diferenciado de la libertad de expresión.<sup>455</sup>

Conforme a la Convención Americana no puede regularse por vía de ley la colegiación de periodistas el impedimento de ejercer el periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limitar el acceso a *éste a los graduados en una determinada carrera universitaria*,<sup>456</sup> exigir la colegiación infringiría principios primarios del orden público democrático.<sup>457</sup> En referencia a personas vinculadas a un determinado medio de comunicación, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones *de facto* que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. La Corte pone en cabeza del Estado el deber de abstención para no propiciar, estimular, favorecer o profundizar esa vulnerabilidad<sup>458</sup> y la obligación de prevenir y proteger a quienes se encuentren en tal situación.<sup>459</sup>

*Responsabilidad en el ejercicio de su función social:* los periodistas, al emitir sus opiniones, deben basarse en hechos constatados de modo razonable, aunque no debe tratarse de una verificación exhaustiva, en razón del derecho de la sociedad de no recibir versiones manipuladas de los hechos que se informan o comentan. Ello implica una exigencia para los periodistas: buscar informaciones de manera diligente, tomar cierta “distancia crítica” de sus fuentes y confrontar las informaciones que ellas les acercan con otros datos

<sup>455</sup> CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, párr. 46.

<sup>456</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 81.

<sup>457</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 76.

<sup>458</sup> Cf. CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 118 y CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 107.

<sup>459</sup> Cf. CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 107 y CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 118; CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs.* Colombia, párr. 172. En este último caso, la Corte considera que “la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático”, párr. 177.

pertinentes.<sup>460</sup> Los medios deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.<sup>461</sup>

#### a. La dignidad humana y la no discriminación

La Corte recurre a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención para afirmar que no tienen aplicabilidad restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, porque “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”<sup>462</sup>.

En la reciente jurisprudencia de la CorteIDH sobre libertad de expresión se hace un pronunciamiento acerca de la distinción entre el artículo 1.1 de *no discriminación* y el artículo 24 de *igualdad ante la ley*. Según el órgano jurisdiccional, tal diferencia radica en que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 (norma de carácter general cuyo contenido implica que todo tratamiento discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma) mientras que si la discriminación se refiere a una protección desigual ante la ley interna, violaría las disposiciones del artículo 24 de la misma Convención (que prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal), por lo que la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados parte, “de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.<sup>463</sup>

<sup>460</sup> CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 79, *Cfr.* La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. Documento del equipo de trabajo del Programa sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

<sup>461</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 149; CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, párr. 44.

<sup>462</sup> *Cfr.* particularmente, Pinto, M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Abregú/Courtis (Comps.), Buenos Aires, 1997.

<sup>463</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, párr. 209; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 348 y en el mismo sentido, CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 379.

En el contexto de la libertad de expresión resulta de gran relevancia esta clarificación de extensión de la garantía de no discriminación a cualquier otra regulación legal realizada por el Estado en el ámbito doméstico y no limitada a los derechos contenidos en la Convención Americana.

### C. *Restricciones de la libertad de expresión compatibles con la democracia*

La reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” en la jurisprudencia impone analizar cualquier restricción a la libertad de expresión por parte de un Estado a la luz de las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas. El término restricción alude “a la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión”.<sup>464</sup> La regla en el sistema interamericano es que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido,<sup>465</sup> en lo que se diferencia del sistema universal y del sistema europeo.<sup>466</sup> Por ello, se hace mención al postulado básico de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y al test tripartito en concreto.

#### a. Alcance de la restricción

##### No es un derecho absoluto

En su línea jurisprudencial constante, la Corte ha dejado sentado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto,<sup>467</sup> advirtiendo recientemente que tampoco el derecho de acceder a la información pública en poder del

<sup>464</sup> Colegiación de Periodistas, párr. 35; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 79; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 95.

<sup>465</sup> Cf. Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de 1999, Capítulo II. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/volumen%20iii%20capitulo%205.htm>.

<sup>466</sup> Rivera Rugeles, J. C., “Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿Limitación o violación a la libertad de expresión?”, *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010, pp. 7-32, pp. 13 y ss.

<sup>467</sup> CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 120; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 95 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 79; CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 196; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 95.

Estado es un derecho absoluto.<sup>468</sup> Este derecho puede ser objeto de restricciones, en particular, cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención.<sup>469</sup> El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones, no obstante, tienen carácter excepcional, se rigen por el criterio de la necesidad y no deben convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.<sup>470</sup> La restricción debe producirse interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión<sup>471</sup> y que debe ser necesaria para una sociedad democrática, lo cual debe ser respetado incluso por los órganos judiciales.<sup>472</sup> Estos criterios son aplicables para la restricción legítima del acceso a la información pública,<sup>473</sup> destacando la presunción de que toda la información en poder del Estado es pública y accesible y que el régimen de excepciones tiene carácter limitado.<sup>474</sup> Toda forma de restricción ilegítima a la libertad de expresión, comprendido el derecho de acceso a la información, genera responsabilidad del Estado, provenga del Ejecutivo, Legislativo o Judicial<sup>475</sup> o de la actuación de particulares que han generado situaciones de vulnerabilidad para quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión.<sup>476</sup>

<sup>468</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, párr. 229.

<sup>469</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 56; CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, párr. 131; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 117.

<sup>470</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 120; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 95, y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 79.

<sup>471</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 83 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 85; CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 79.

<sup>472</sup> La Corte destaca la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D’Amico *vs.* Argentina, párr. 94.

<sup>473</sup> CorteIDH. Caso Gómez Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, párr. 229.

<sup>474</sup> *Ibidem*, párr. 230.

<sup>475</sup> CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 72.

<sup>476</sup> CorteIDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, párrs. 113 y 123; CorteIDH. Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, párrs. 77 y 78. *Cfr.* CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párrs. 120 y 121.

Ante las formas más generalizadas de amenazar y atacar gravemente la libertad de expresión, como son la censura previa, las leyes de desacato y la imposición de responsabilidades posteriores mediante las figuras de la injuria, calumnia y difamación que “asfixian” la democracia,<sup>477</sup> la jurisprudencia de la CorteIDH ha delineado con precisión los estándares para rechazar cualquier tipo de censura previa y acotar las restricciones permitidas respecto a las responsabilidades ulteriores. Especial relevancia muestran estos estándares desarrollados por la CorteIDH en materia de interpretación restrictiva de las restricciones, de una clara inspiración europea y, en esencia, evidencian una tendencia a abogar por la despenalización de los delitos de opinión y de desacato, de la difamación, de la injuria, de la calumnia.<sup>478</sup> Ahora bien, la Corte sostiene que la sanción penal *per se* no se encuentra excluida de la Convención, pero su uso debe ser conforme a la concepción de un orden punitivo en una sociedad democrática.<sup>479</sup> Sostiene que la posibilidad de sanción penal merece especial cautela,

...ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.<sup>480</sup>

Categóricamente debe sostenerse que la postura favorable al derecho penal mínimo se muestra más compatible con el estándar de la sociedad democrática, porque “la desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática”.<sup>481</sup>

<sup>477</sup> *Cfr.* Grossman, C., “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 46, Costa Rica, 2007, pp. 157-191, p. 158.

<sup>478</sup> *Cfr.* Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 76.

<sup>479</sup> González Morales, F., “La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Revenga Sánchez y Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 225-269, pp. 256 y s.

<sup>480</sup> *Cfr.* CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 78.

<sup>481</sup> Sergio García Ramírez afirma: “Si la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de ‘necesidad’ que invoca el artículo 13.2, el imperativo de ‘interés general’ que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la ‘seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común’ que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada.” Voto Sergio García Ramírez, Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 19. *Cfr.* García Ramírez, S. y Goza, A., *La libertad*

## La reputación como límite

El propio artículo 13.2 CADH dispone que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. Es por ello que el derecho a la honra aparece como el referente jurídico esencial para la ponderación,<sup>482</sup> dado que la necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados al respecto por la propia Convención.<sup>483</sup> Asimismo, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, derivando así en límite a la expresión, ataques o injerencias que provengan de los particulares o del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección.<sup>484</sup>

## Un umbral diferenciado de protección

La Corte ha fijado claros estándares señalando que en una sociedad democrática los funcionarios públicos o las personas que ejercen funciones de una naturaleza pública están más expuestos al escrutinio y la crítica del público.<sup>485</sup> Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público, tienen mayor acceso a la réplica y deben tener un mayor margen de

*de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 2007, pp. 69 y ss.

<sup>482</sup> Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán en el caso *Kimel vs. Argentina*, de 2 de mayo de 2008, pár. 7.

<sup>483</sup> Comenta Asdrúbal Aguiar que en el Caso *Kimel vs. Argentina*, el Tribunal de San José se refiere a los medios de comunicación y a los periodistas como “poder” a ser enfrentado, pues pueden violentar derechos humanos, como el honor de los funcionarios públicos. *Cfr.* Aguiar Aranguren, A., “La libertad de expresión: ¿piedra angular de la democracia?”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXII, núm. 142, 25 de julio de 2008.

<sup>484</sup> CorteIDH. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, pár. 101.

<sup>485</sup> CorteIDH. Caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, pár. 47.

aceptación a la crítica.<sup>486</sup> Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.<sup>487</sup>

Ajustada a la intrínseca vinculación entre democracia y libertad de expresión, la Corte ha establecido los perfiles de este umbral en los que debe existir un mayor margen de tolerancia, incluso por parte de las propias instituciones o entidades del Estado. Un supuesto claro se da frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio del control democrático,<sup>488</sup> también como consecuencia del requerimiento de la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público,<sup>489</sup> en los debates políticos a fin de facilitar la transparencia de las actividades estatales,<sup>490</sup> para promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública,<sup>491</sup> en las campañas electorales cuando las opiniones o declaraciones de interés público se vierten en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República<sup>492</sup> y, todo lo que en definitiva, esté acorde con los principios del pluralismo democrático.<sup>493</sup>

<sup>486</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 100; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 83; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina párrs. 86-88.

<sup>487</sup> Cf. CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 103 y CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 86.

<sup>488</sup> CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 83; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 87; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 86 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 83.

<sup>489</sup> La noción de asuntos de interés público se expresa en todos los que la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes. CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 113; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 87 y CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 81.

<sup>490</sup> En la expresión el Ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez “La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada ‘transparencia’ tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales”. Cf. voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso Kimel, del 2 de mayo de 2008.

<sup>491</sup> CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 155.

<sup>492</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 98.

<sup>493</sup> Cf. CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 100; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 152; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 87.

b. El *test* tripartito de la restricción

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha revisado los casos de aplicación de la responsabilidad ulterior en el marco del cumplimiento del requisito de necesidad en una sociedad democrática.<sup>494</sup> La responsabilidad exigible se corresponde con el desbordamiento, desviación, exceso, abuso, en suma, la ilicitud en el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>495</sup> La Corte condiciona la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión al requisito de estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo.<sup>496</sup>

En la doctrina se pone de relieve que sólo en un 10% de los casos la CorteIDH ha empleado el principio de proporcionalidad.<sup>497</sup> Ello ha tenido lugar en tres momentos de la evolución jurisprudencial en materia de libertad de expresión, con connotaciones distintas, a saber: en la Opinión Consultiva No. 5 la Corte se enfoca en los subprincipios básicos del principio de proporcionalidad a efecto de determinar la restricción del derecho a la libertad de expresión del artículo 13 de la CADH, en la segunda etapa, con el caso “Última Tentación de Cristo” *vs.* Chile, acude a la subsunción y no a la ponderación, en la medida que el artículo 13 de la CADH determina la regla de prohibición de censura previa, y en la tercera fase, la ponderación y el principio de proporcionalidad sirven para resolver el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra (Caso Kimel *vs.* Argentina y caso Usón *vs.* Venezuela).<sup>498</sup> Si bien en el caso Usón Ramírez, la CorteIDH examinó el conflicto entre el derecho individual a la libertad de expresión, por un lado, y el supuesto derecho al honor que la normativa interna reconoce a la institución de las Fuerzas Armadas, por otro, también

<sup>494</sup> Cfr. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D’Amico *vs.* Argentina, párr. 54.

<sup>495</sup> Cfr. García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, cit., p. 36.

<sup>496</sup> Con base a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, asume que en una restricción “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. Cfr. TEDH, Case of Editions Plon v. France, Sentencia de 18 de mayo de 2004, párr. 42 y Case of MGN Limited v. The United Kingdom, Sentencia de 18 de enero de 2011, párr. 139. Cfr. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D’Amico *vs.* Argentina, párr. 54.

<sup>497</sup> Cfr. Clérigo, L., *La proporcionalidad y la Corte Interamericana de derechos Humanos. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad o el ritmo que impone la tragedia de los casos*. Ponencia, Buenos Aires, 3 al 6 de octubre de 2010. Publicado en: Capaldo *et al.*, *La internacionalización del derecho constitucional; la constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012, pp. 199-219.

<sup>498</sup> Nogueira Álcala, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 119-156.

ha acudido al “interés público” a la hora de examinar la restricción al derecho de la libertad de expresión.<sup>499</sup>

Lo interesante en torno al estándar de la sociedad democrática se focaliza en la insistencia, por parte de la Corte, en el postulado de la concurrencia de la legalidad, la finalidad legítima y la idoneidad de la medida, dejando sentado que “la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>500</sup> La Corte verifica que la restricción sea definida en forma precisa y clara a través de una ley,<sup>501</sup> que persiga objetivos permitidos por la Convención (finalidad legítima de acuerdo con la Convención e idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida)<sup>502</sup> que cumpla con la necesariedad en una sociedad democrática,<sup>503</sup> además de analizar la estricta proporcionalidad de la medida.<sup>504</sup>

### B. Una reparación para la consolidación democrática

La jurisprudencia de la CorteIDH en cuanto a las reparaciones es basta y tiene un carácter singularmente “interamericano”.<sup>505</sup> A los efectos del es-

<sup>499</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 85; CorteIDH. Claude Reyes y otros *vs.* Chile párr. 91, CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 51; CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, párr. 54.

<sup>500</sup> La Colegiación obligatoria de periodistas, párr. 46; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 96.

<sup>501</sup> La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 40; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 63; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 89 y CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 55.

<sup>502</sup> Cf. CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 85; Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párr. 43.

<sup>503</sup> Cf. Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párr. 39; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 83.

<sup>504</sup> Respecto a los cuatro criterios en detalle, Cf. CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párrs. 49-68.

<sup>505</sup> En el caso concreto de la libertad de expresión Cf. García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, cit., pp. 57 y ss. Para una evaluación crítica en razón del alto número de casos bajo supervisión de sentencias, véase Herencia Carrasco, S., “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en Ambos *et al.*, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2011, t. II, pp. 371-392.

tudio de la libertad de expresión como componente fundamental de la democracia, sólo se pretende esbozar aquí los estándares establecidos respecto a las categorías de no repetición y satisfacción en los casos de violación de la libertad en cuestión, sin entrar a considerar la reparación en el sentido de indemnización de los daños materiales e inmateriales.<sup>506</sup> En estas dos categorías seleccionadas, se aprecia la originalidad de la CorteIDH en materia de reparaciones por el impacto en los órdenes nacionales.<sup>507</sup>

En cuanto a la no repetición, la CorteIDH ha sido consecuente en ordenar la modificación de la normativa y de la práctica interna, cuando éstas son violatorias, en sí mismas, de la Convención Americana, desde el caso paradigmático de la reforma constitucional en Chile con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La última tentación de Cristo”,<sup>508</sup> hasta las resoluciones destinadas a derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión y así permitir el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios. La Corte, aun cuando se haya acometido la reforma del Código Penal para derogar el desacato, ha pedido modificar la normativa interna;<sup>509</sup> ha solicitado adoptar medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información;<sup>510</sup> ha requerido modificar un artículo del Código Orgánico de Justicia Militar porque no delimita estrictamente la conducta delictuosa,<sup>511</sup> ha resuelto ordenar a un Estado la corrección de imprecisiones del ordenamiento jurídico en relación con la libertad de expresión.<sup>512</sup>

<sup>506</sup> Cf. CorteIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párrs. 239, 242, 246, 247; CorteIDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párrs. 206 y 207.

<sup>507</sup> Entre tantos análisis, Cf. Cançado Trindade, A., “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, cit., , pp. 189-214; Cassel, D., “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el mismo libro *La justicia constitucional...*, pp. 215-247.

<sup>508</sup> CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), párr. 97.

<sup>509</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párr. 254.

<sup>510</sup> CorteIDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, párr. 416 y Caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 406.

<sup>511</sup> CorteIDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 173.

<sup>512</sup> CorteIDH. Caso Kimel vs. Argentina, párr. 128. La CorteIDH había solicitado la reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil por no ser normas precisas. Cf. CorteIDH. Caso Kimel vs. Argentina, párr. 127.

En referencia a la satisfacción de la víctima, la Corte se pronuncia con un amplio abanico de medidas, como por ejemplo permitir la publicación del libro,<sup>513</sup> dejar sin efecto las sentencias condenatorias,<sup>514</sup> entregar la información solicitada por las víctimas,<sup>515</sup> capacitar a los funcionarios en materia de derecho de acceso a la información en poder del Estado<sup>516</sup> y siempre ordena la publicación de la sentencia,<sup>517</sup> aunque la sentencia *per se* constituye una medida de reparación,<sup>518</sup> todo para atender a la satisfacción moral del lesionado.

Los parámetros fijados por la CorteIDH al precisar el contenido de la libertad de expresión forman parte del acervo del *ius constitutionale commune*, pues es una garantía convencional que representa un pilar fundamental de la democracia.<sup>519</sup> Es un acervo de especial relieve para los países suramericanos ya que demanda todavía una mayor protección efectiva y acorde con el cumplimiento de los estándares jurisdiccionales.<sup>520</sup>

<sup>513</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 250.

<sup>514</sup> CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 253, CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 168 y CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina párr. 123.

<sup>515</sup> CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 157.

<sup>516</sup> *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

<sup>517</sup> CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 405; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 415; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 209; CorteIDH. Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 252.

<sup>518</sup> CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 403; CorteIDH. Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 413.

<sup>519</sup> Aguiar Aranguren, A., *La libertad de expresión y prensa: jurisprudencia interamericana (1987-2009)*, Miami, 2009, p. 16.

<sup>520</sup> Los datos empíricos sobre la situación de la libertad de expresión en la región aparecen registrados en el índice de Libertad de Prensa de Freedom House, los Informes Anuales de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Sociedad Interamericana de Prensa, en particular la Conferencia de Chapultepec, entre otros. *Cfr.* Gómez Gamboa, D. A., “La colegiación de periodistas en la jurisprudencia venezolana y peruana”, *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, Venezuela, vol. II, núm. 2, 2008, pp. 31-50. [http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/cj2n2/REVISTA\\_CUESTIONES\\_JUR%C3%8DICAS\\_VOL\\_2\\_N%C2%B02.pdf](http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/cj2n2/REVISTA_CUESTIONES_JUR%C3%8DICAS_VOL_2_N%C2%B02.pdf) (sin subrayados).pdf.